L'ANCIEN DROIT

CONSIDÉRÉ DANS SES RAPPORTS

AVEC L'HISTOIRE DE LA SOCIÉTÉ PRIMITIVE
ET AVEC LES IDÉES MODERNES

PAR

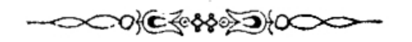
HENRY SUMNER MAINE

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ D'OXFORD
CI-DEVANT MEMBRE JURISCONSULTE DU SUPRÊME GOUVERNEMENT DE L'INDE

Traduit sur la quatrième Édition anglaise

PAR

J. G. COURCELLE SENEUIL



PARIS

GUILLAUMIN ET C[ie]
14, RUE RICHELIEU

A. DURAND ET PEDONE LAURIEL
RUE CUJAS, 9

1874

PRÉFACE DU TRADUCTEUR

J'offre au public qui lit les livres français un ouvrage remarquable à tous égards, très-apprécié en Angleterre et par les hommes dont le suffrage a le plus de prix. L'auteur, professeur de droit à Oxford, a fait partie du gouvernement de l'Inde; mais ces titres officiels, qui ont de l'autre côté du détroit une tout autre valeur que chez nous, sont la moindre de ses recommandations. M. Maine est un penseur de premier ordre, un savant indépendant et sans préjugés dont l'érudition est de première main.

Le lecteur trouvera dans ce livre des enseignements de plus d'une sorte, des vues nouvelles aussi justes qu'ingénieuses sur le droit romain, sur le droit féodal, sur le droit anglais, et même sur le nôtre. Il y admirera surtout une manière simple et large de considérer l'histoire du droit chez les peuples d'origine indo-européenne.

J'ai traduit ce livre, parce qu'il m'a vivement intéressé; je l'ai publié, parce que je suis persuadé qu'il sera utile au très-petit nombre d'hommes pensant en notre langue qui cultivent la science sociale, et dont l'esprit comme les études s'élèvent au-dessus de la routine. Il s'adresse directement aux jurisconsultes. Les intéressera-t-il? Dans l'état d'abaissement où se trouvent en France les études juridiques, il est difficile de l'espérer; car on n'y rencontre ni la mention des arrêts de nos Cours, ni même un exposé des interprétations orthodoxes du Code Napoléon. C'est un livre inutile au praticien, autant qu'indispensable à quiconque prétend au titre de jurisconsulte.

INTRODUCTION

Si l'on compare l'état où se trouvait il y a cent ans la science sociale à l'état où elle se trouvait dans les quarante premières années du dix-neuvième siècle, il est impossible de ne pas constater un mouvement rétrograde, un abaissement de la pensée. Si l'on considère l'état de la même science au moment où nous sommes, il est impossible de méconnaître un progrès. La triste période que nous venons de traverser a donc été féconde; elle a servi à l'incubation d'une nouvelle forme de la science, qui, depuis un certain nombre d'années, reprend avec patience et des études profondes la grande tradition du dix-huitième siècle.

Que s'est-il donc passé pendant les cent ans qui viennent de s'écouler? Après avoir cru prématurément posséder les principes de la science sociale, les hommes ont éprouvé les grandes déceptions de la révolution française et douté de leur propre pensée. L'œuvre des philosophes du siècle dernier a cessé d'obtenir l'assentiment des peuples, et tous ceux qui ont cherché la fortune se sont empressés de renier cette œuvre, quand ils ne l'insultaient pas, et de faire des concessions plus ou moins considérables à la restauration des anciennes idées. Mais tandis

que cette restauration triomphante multipliait, elle aussi, les déceptions, les diverses branches de l'histoire étaient étudiées avec profit; on déchirait peu à peu les voiles qui couvraient les anciennes civilisations orientales; on faisait revivre les religions antiques; la géologie naissait et prenait un développement rapide, pendant que les recherches de la philologie et de l'archéologie éclairaient d'un jour tout nouveau l'histoire du genre humain.

Alors on est revenu peu à peu à la science sociale, indirectement, sans fracas, et non sans une certaine timidité, mais sérieusement, avec des armes nouvelles : la psychologie et la logique sont sorties de leurs vieilles ornières; l'économie politique s'est rajeunie et l'histoire générale elle-même a commencé à se transformer. Aujourd'hui ce grand et noble travail, dont l'Angleterre a fourni la plus grande part, se poursuit avec une activité qui permet les plus belles espérances.

Le livre que nous offrons au public se rattache à ce grand mouvement, et mérite particulièrement d'être remarqué. Il porte la lumière dans la partie de l'histoire et de la science qui était demeurée la plus réfractaire à la méthode moderne, et qui est en quelque sorte le temple de la routine, dans le droit.

Ce n'est pas que le droit et son histoire n'aient été, hors de France surtout, l'objet de travaux importants et de véritables découvertes; mais ces découvertes partielles, sans lien qui les rattachât entre elles ou à d'autres branches de la science, étaient énoncées avec obscurité, trop mêlées de conjectures et d'erreurs positives pour ne pas être contestées et, dans une certaine mesure, contestables.

L'*Ancien Droit*, de M. H. S. Maine, sans avoir des pré-

tentions aussi hautes que maints ouvrages renommés, jette sur l'histoire générale du droit une lumière plus grande. C'est, on peut le dire, une exposition simple et large des principes généraux du droit et de leurs transformations chez les peuples indo-européens, depuis les premiers âges jusqu'à notre temps. Les principales conceptions juridiques, étudiées sous un petit nombre de chefs, y sont examinées depuis leur naissance jusqu'à leurs développements les plus récents.

Cet ouvrage pourrait être divisé en deux parties. Dans la première, qui comprend les quatre premiers chapitres, l'auteur étudie la naissance et la transformation des idées juridiques en général et les moyens par lesquels le progrès s'est accompli dans le droit. Entre ces moyens, la notion de droit naturel et d'équité lui fournit la matière d'une digression d'un grand intérêt. La seconde partie de l'ouvrage remplit les six derniers chapitres. Elle commence par un coup d'œil sur la société primitive et sur le droit qui y règne. Les chapitres suivants présentent en raccourci l'histoire des transformations du droit et des idées qui s'y rattachent : 1° quant aux successions et testaments ; 2° quant à la propriété en général ; 3° quant aux contrats ; 4° quant aux délits et aux crimes.

On peut relever dans ce livre court, mais nourri de faits et surtout de pensées, des mérites de plus d'une sorte. L'auteur n'a prétendu toucher et n'a touché en effet qu'à l'histoire du droit ; mais il l'a envisagée à la lumière d'une philosophie très-positive, celle de l'association des idées. Non-seulement il connaît assez bien son sujet pour le posséder, mais il est au courant des derniers travaux de l'histoire générale et de la philologie. Il sait comment le droit naît, prend une forme

et se développe ou s'arrête; il sait aussi ce que vaut la phraséologie banale dont nos écoles se contentent, et la pédanterie de nos voisins ne lui en impose pas. Son livre est, chose peu commune aujourd'hui, un travail consciencieux et purement scientifique, exécuté par un penseur éclairé.

Je ne connais dans notre littérature qu'un livre que nous puissions comparer à celui-ci : c'est la *Cité antique*, de M. Fustel de Coulanges. Les recherches de l'écrivain français ne vont pas au delà de l'ère chrétienne, mais elles ne se bornent pas au droit; elles portent sur toute la pensée sociale des hommes de l'antiquité. L'écrivain anglais, au contraire, a borné ses recherches au droit, mais elles s'étendent dans le temps jusqu'à nos jours. Ils traitent souvent tous les deux le même sujet et, sans avoir, ce semble, communiqué l'un avec l'autre, ils sont d'accord sur les grandes lignes et se complètent souvent, comme s'ils avaient travaillé ensemble; leurs conclusions sensiblement identiques attestent qu'ils ont l'un et l'autre cherché et découvert la vérité. Les deux ouvrages se ressemblent d'ailleurs par la brièveté, par la simplicité, parce qu'ils sont remplis de faits bien étudiés, coordonnés dans une pensée vraiment scientifique; l'un et l'autre disent beaucoup, et font penser plus encore.

La lecture de ces deux livres a eu pour le traducteur de l'*Ancien Droit* un charme particulier. Lui aussi, dans le cours d'une vie mêlée, a cherché la vérité dans le domaine de la science sociale et fait diverses conjectures sur le droit de tester, sur la substitution des contrats aux arrangements d'autorité ou de coutume, sur le droit naturel, et en général sur la manière d'interpréter l'histoire du genre humain. Combien n'a-t-il pas été heu-

reux, lorsqu'il a vu ses conjectures, dont son ignorance lui ordonnait de se défier, démontrées, complétées et éclairées par des savants qui ignoraient ses travaux et son nom!

Que d'autres s'amusent à lire au microscope et à critiquer par le détail un livre comme l'*Ancien Droit*, à contester telle ou telle appréciation, telle ou telle citation. Nous n'avons garde de nous livrer à un travail de ce genre. Nous n'entreprendrons pas davantage d'analyser et de résumer un ouvrage qui est un résumé. Nous nous permettrons seulement de présenter ici deux observations générales, la première, relative à la méthode, et la seconde, à l'histoire du droit naturel.

La méthode employée par M. Maine nous semble correcte et irréprochable : nous n'avons garde de la critiquer. Mais nous regrettons qu'il l'ait caractérisée par deux épithètes dont nous voyons faire sur le continent le plus déplorable usage, qu'il l'ait appelée *historique* et, dans un autre ouvrage, *comparative*. Chacun sait, en effet, comment, sous prétexte de méthode historique, certains écrivains ont prétendu faire accepter leurs fantaisies les moins fondées comme des vérités scientifiques, et y ont quelquefois réussi. Chacun sait aussi comment, sous prétexte de législation comparée, on a présenté au public des volumes de rhétorique creuse ou des catalogues confus de notes entassées.

L'auteur d'un livre aussi sérieux que l'*Ancien Droit* pouvait laisser de côté ces titres de « méthode historique » et de « méthode comparative, » qui sont obscurs, peu exacts et trompeurs en définitive, parce qu'ils impliquent l'existence d'une méthode spéciale au droit, qui n'existe pas, et, dans notre opinion, ne peut pas exister.

Qu'est-ce qu'une méthode, à parler proprement ? C'est une manière de diriger les recherches selon certaines règles qui déterminent les conditions de notre croyance, et, si l'on peut ainsi dire, la forme de notre pensée. Est-il possible qu'il y ait plusieurs méthodes pour les savants d'un même temps? Nous ne le pensons pas ; car l'unité de méthode est la condition indispensable de la démonstration. Or, c'est la démonstration seule qui forme la conviction des hommes d'étude, qui constitue et conserve l'unité de la science et assure l'assentiment à ses conclusions. Deux personnes qui ne reconnaissent pas la même mêthode ne sauraient guère discuter ensemble utilement, c'est-à-dire de facon à se convaincre, à se faire une croyance commune.

Il n'y a pas plus deux méthodes dans les sciences morales et historiques qu'il n'y a deux méthodes dans les sciences physico-chimiques ou naturelles. Il n'y en a qu'une, et elle est la même dans toutes les sciences, ou plus exactement dans toutes les branches de la science humaine. Il n'y a de différence que dans les conditions d'application, conditions qui varient nécessairement avec l'objet des recherches auxquelles on se livre.

Que font, par exemple, le physicien, le chimiste, le naturaliste? Ils observent les faits et s'efforcent de deviner les lois qui régissent leur succession, de distinguer ce qui est accidentel, local, transitoire, de ce qui est général et constant. S'ils découvrent une loi contraire à l'opinion de leurs prédécesseurs ou à celle qui règne dans le milieu social où ils vivent, ils affirment cette loi et n'hésitent pas à dire que leurs prédécesseurs, quelque illustres qu'ils aient été, que leurs contemporains, quelque nombreux et unanimes qu'ils puissent être, se sont trompés ou se trompent. Tous les témoignages humains

ne pèsent pas un atome lorsqu'ils se trouvent en contradiction avec celui des faits, soigneusement observés et bien vérifiés.

Ceux qui cultivent la science sociale ne procèdent pas autrement : eux aussi cherchent dans l'observation des faits les lois qui régissent l'ordre de leur succession, sans tenir compte des opinions régnantes ou autorisées par de grands noms : ils tâchent d'écarter de leur esprit les préjugés de caste, de coterie, de nationalité, et en général toutes les idées que n'autorise pas l'observation scientifique.

Mais en suivant la même méthode que les physiciens, les chimistes et les naturalistes, ceux qui étudient la science sociale ne peuvent toujours recourir aux mêmes procédés. Le physicien, le chimiste, le physiologiste même peuvent faire des expériences, c'est-à-dire produire à volonté des successions de faits favorables à la vérification des théories que l'observation leur suggère. Le psychologue, le logicien, le moraliste, le jurisconsulte et l'économiste ne peuvent faire d'expériences. Ils sont réduits à l'observation de faits qui se produisent et se succèdent indépendamment de leur volonté et dont l'ensemble constitue l'histoire du genre humain. Là se trouve leur champ légitime d'observations qu'on peut bien appeler *histoire*, mais qui comprend une tout autre abondance de faits que la légende suspecte à laquelle on donne habituellement ce nom. C'est là qu'ils doivent chercher les lois que leur suggèrent l'observation et l'analogie ; c'est là aussi qu'ils doivent chercher, trop souvent à tâtons, leurs éléments de vérification.

Mais, bien que ceux qui cultivent la science sociale soient privés de la ressource précieuse des expériences, ils ne suivent pas une autre méthode que les physiciens

et les chimistes. La méthode commune aux uns et aux autres consiste à observer les faits, à les décomposer, à les comparer incessamment pour y rechercher les ressemblances et les différences, afin d'en dégager les lois.

Cette méthode est bien historique, puisqu'elle exige l'étude incessante de l'histoire ; elle est bien comparative, puisqu'elle procède par des comparaisons continues ; mais nous préférons écarter ces circonstances particulières, et lui donner son nom véritable et bien connu d'*induction*. En effet, dans la science sociale, comme dans les autres, nous tenons pour vraie toute théorie vérifiée par les procédés de l'induction, comme douteuse, toute théorie fondée sur de simples analogies ou sur le témoignage d'un trop petit nombre de faits, et comme fausse, toute théorie contredite par ce témoignage. Quant à ces espèces de proclamations dogmatiques qui contiennent presque toujours un arrangement arbitraire plus ou moins neuf de vieux matériaux tirés de l'arsenal de la routine, elles n'ont rien de commun avec la science; ce sont, comme l'a très-bien dit J. St. Mill, des produits d'*intuition*, obtenus sans méthode rigoureuse, un peu au hasard, à la manière des anciens. Ces produits ont dans la science sociale à peu près la même valeur que l'*Histoire naturelle* de Pline pour les naturalistes.

M. Maine n'est pas un intuitif : c'est un savant moderne, qui affirme lorsqu'il peut s'appuyer sur des témoignages historiques constants, qui conjecture lorsqu'il rencontre des lacunes dans ces témoignages, sans aucune contradiction, mais qui cherche toujours et avant tout l'histoire de la pensée humaine, de la succession des idées dans le domaine du droit. Dans cet ordre d'études, il devait rencontrer sur sa route des

constructions d'intuition, puisque les siècles passés n'en ont pas connu d'autres ; il les a étudiées avec soin et impartialité, comme on peut s'en convaincre par son histoire de la grande théorie du droit naturel.

Toutefois cette histoire, si originale et si neuve, suffisante peut-être pour le dessein de l'auteur, nous semble légèrement incomplète, en ce sens qu'elle ne détermine pas assez nettement l'origine et les sources successives de cette théorie, et passe sous silence une tentative bien remarquable pour la rajeunir, faite à la fin du dernier siècle.

L'idée qu'il existe un droit naturel a certainement une origine grecque. Ces lois aux pieds élevés que le chœur d'Œdipe-Roi place auprès de Jupiter et auxquelles obéit, dans une autre pièce de Sophocle, la sœur de Polynice, se retrouvent, sous une autre forme, dans les écrits de Platon, et, au témoignage d'Aristote, on les avait déjà invoquées contre l'esclavage « contre nature, parce qu'il est un fait de violence. » La mobilité que M. Maine reproche, à juste titre, aux tribunaux d'Athènes tenait à ce qu'ils appliquaient trop souvent contre le droit positif ces « lois non écrites » dont parle Thucydide.

M. Maine a fort bien établi comment cette théorie, en passant à Rome, y avait fécondé le droit, en même temps qu'elle s'y était tempérée par la confusion du droit toujours un peu vague de la nature avec un élément plus pratique et plus positif, le *jus gentium*. Il n'a peut-être pas assez insisté sur cet agent important et persistant du progrès juridique, toujours dédaigné comme inférieur par les juristes de profession et toujours actif, d'où est sorti le *droit commercial* moderne.

L'origine de ce droit, qui remonte probablement au delà de la fondation de Rome, méritait bien quelques

mots en passant. Il est né visiblement dès que des hommes appartenant à des Cités différentes, ont établi entre eux des rapports volontairement pacifiques et conclu des pactes, sur un terrain neutre ou en mer très-probablement, puis dans les grands centres commerciaux, *usu exigente et humanis necessitatibus*, comme dit le jurisconsulte classique.

Nous regrettons que M. Maine, trop jurisconsulte en cela, n'ait pas assez tenu compte de l'énorme importance de l'usage commercial, qui peut être considéré comme l'avant-garde et le réformateur du droit civil dans toutes les branches et l'agent principal de la substitution des arrangements par contrat aux anciens arrangements d'autorité. Après tout, il faut bien reconnaître que le commerce est le facteur principal de la civilisation moderne, ou tout au moins le démolisseur principal de la Cité antique et des restaurations partielles dont elle a été et est encore l'objet. C'est le commerce qui, bien avant la philosophie, avant la religion et le droit, a mis en lumière la valeur de l'individu et montré que les contrats suffisaient au règlement de la plupart des relations sociales. Si l'on n'a pas aperçu ce grand fait, c'est parce que les anciens (et combien de modernes sont encore anciens à cet égard !) ont toujours accordé plus d'autorité aux conceptions subjectives des prêtres, des philosophes et des juristes qu'aux faits d'expérience les plus clairs et les plus instructifs.

M. Maine a signalé avec raison une renaissance du droit naturel chez les modernes, et sous une nouvelle forme. Ne nous étonnons pas de voir ce droit prendre en France une puissance nouvelle et s'exagérer à la suite de la philosophie des idées morales innées et des restaurations platoniciennes, toujours bien accueillies par la paresse

vaniteuse et impatiente d'études. Il n'y a pas lieu de s'étonner non plus que la théorie du droit naturel ait reparu de notre temps, non chez nos jurisconsultes, auxquels toute théorie est indifférente, mais chez nos philosophes officiels, avec tout le vieux bagage du dix-septième siècle et de J.-J. Rousseau, dont les idées sont du même temps, et dont les passions seules appartenaient au dix-huitième.

Tout cela n'est pas sérieux et ne méritait pas l'attention de M. Maine ; il s'est borné à constater l'introduction de l'idée d'un *état de nature*, qui est venue se joindre à celle de l'ancien droit naturel et la fausser. Mais il aurait pu mentionner, ce nous semble, une tentative faite par les fondateurs de l'économie politique, Quesnay et Turgot, pour transformer la théorie du droit naturel et la rattacher à la science moderne.

D'après Quesnay et Turgot, qui développaient une idée déjà suggérée par le premier chapitre de l'*Esprit des lois*, le droit naturel serait l'ensemble des lois physiologiques en quelque sorte qui régissent les sociétés, et qui peuvent être découvertes par une observation patiente bien dirigée. C'était ce que nous appellerions droit *idéal*, ou *rationnel*, ou *scientifique*, ce que M. Maine appelle *benthamisme*, attribuant à Bentham l'honneur de tous les travaux accomplis par les penseurs du siècle dernier. Quesnay, dans son opuscule *Du droit naturel*, Turgot, dans les préambules de ses ordonnances, invoquent ce droit naturel, plutôt rajeuni que nouveau, peu connu des jurisconsultes modernes, qui nous semble pourtant le fils très-légitime du droit naturel ancien, dont il ne diffère que par une conception nouvelle de la nature et de ses lois.

Ainsi Quesnay et Turgot soutenaient que la liberté du

travail et la liberté du prêt à intérêt étaient de droit naturel, parce qu'ils ne les trouvaient inscrites dans aucun article du droit traditionnel, et qu'une notion morale supérieure à celle des anciens jurisconsultes leur faisait considérer cette liberté comme une condition indispensable de justice et d'*ordre naturel*. En cela ils suivaient exactement le même procédé que celui des jurisconsultes romains qui substituèrent, dans la dévolution des successions, la cognation à l'agnation. Si cette doctrine de Quesnay et de Turgot fût née dans le parlement de Paris et eût été soutenue par lui, qui peut dire tout ce que la France et la civilisation y auraient gagné? Malheureusement, au dix-huitième siècle comme aujourd'hui, ce n'était pas des juges français qu'il fallait attendre l'initiative ou même l'adoption d'une idée progressive quelconque.

Affirmer l'existence d'un état de nature et imaginer un droit naturel appliqué à cet état, c'est évidemment commettre une erreur grossière et très-dangereuse. Mais il est indispensable de trouver un nom pour cet idéal qui sans cesse critique, altère et améliore le droit, que les études historiques peuvent éclairer et diriger, mais qui aboutit et doit aboutir à des choses nouvelles que l'histoire ne mentionne point. Cet idéal, les anciens l'appelaient *droit naturel*, sans précisément, ce me semble, le rattacher à un état primitif du genre humain. D'après les notions que nous fournit la littérature philosophique épicurienne et stoïcienne, nous pouvons supposer qu'au temps des Antonins, on concevait le droit naturel à peu près comme Quesnay et Turgot, avec cette différence qu'on ne connaissait pas encore la méthode d'induction et sa puissance. De là le vague que l'on remarque dans tout ce que les anciens ont écrit sur cette matière. Mais

si l'on met de côté les exagérations de Locke, de Rousseau et des écrivains à la suite, on peut dire que la théorie du droit naturel est la plus noble et la plus importante des conceptions dans lesquelles la civilisation s'est développée. Son influence, en somme, a été plus étendue, plus constante et surtout plus bienfaisante que celle du christianisme.

Il semble étrange à première vue de rencontrer dans l'histoire entière du droit le *jus naturæ* et le *jus gentium*, toujours mêlés et jamais confondus, de telle sorte qu'on n'ait pu ni en donner deux définitions différentes, ni les faire rentrer dans une définition commune. Mais qu'est-ce autre chose que la coexistence d'un *idéal* meilleur que la réalité et de l'*expérience*, qui tantôt suggère et tantôt contrôle cet idéal, qui se mêle sans cesse à lui et en reste toutefois distincte? Quelques penseurs, juristes ou autres, cherchent le mieux dans le domaine du droit et attribuent à la nature leurs meilleures conceptions. Pendant ce temps, un plus grand nombre d'hommes travaille et vit par le commerce, hors des frontières où règnent les lois civiles; ils adoptent incessamment des usages qui deviennent des règles, et auxquels le sentiment de l'utilité commune donne force de loi. Ceux qui cherchent un droit naturel supérieur au droit civil s'inspirent de cette grande et continuelle expérience commerciale, et en introduisent peu à peu les principes dans la Cité. Voilà pourquoi la partie du droit qui se rattache le plus immédiatement aux actes commerciaux, celle relative aux contrats, est incomparablement la plus parfaite. Le *jus naturæ* et le *jus gentium* sont simplement les formes que prennent le *raisonnement* et l'*expérience* dans le domaine spécial des études juridiques. Dès que le raisonnement s'écarte de l'expérience et des analogies

qu'elle lui fournit, il s'égare, tandis que chaque fois qu'il s'en rapproche, il devient un fécond agent de progrès.

Lorsqu'on se place à ce point de vue, on trouve tout simple que le *jus naturæ* et le *jus gentium* aient concouru, comme l'a très-bien observé M. Maine, à la formation de ce droit rudimentaire et imparfait que nous appelons *droit international*. Les doctrines cosmopolites des économistes et celles des ligues de la paix sont nées également de la grande expérience commerciale, dont l'importance croît naturellement à mesure que se multiplient les moyens de transport et tout ce qui facilite les communications des hommes entre eux.

Revenons à l'*Ancien Droit* et à son auteur. C'est un jurisconsulte, mais non de ceux qui sont esclaves d'un texte, ni de ceux qui sont prêts à mettre un texte au service de tout intérêt puissant : personne n'admire plus que lui le droit romain et ne l'a mieux glorifié ; mais il n'a garde de considérer ce droit comme la *raison écrite*. Pour lui, la science du droit est une vraie science dans le sens moderne du mot ; c'est une branche aussi considérable qu'intéressante de l'histoire générale. Il nous montre le droit se transformant peu à peu chez un petit nombre de nations inégalement progressives, sous l'influence des idées morales dominantes de chaque époque, suivant une ligne de direction assez facile à déterminer par le dégagement d'individualités et d'initiatives nouvelles, ou, en d'autres termes, par l'accroissement de la liberté personnelle. On lui a reproché de ne pas avoir considéré à un point de vue assez général l'histoire du droit primitif, de s'être borné à l'étude des quelques peuples dont nous avons recueilli l'héritage, et seulement pendant les temps historiques proprement dits. Nous le remercierons, au contraire, d'avoir ainsi

limité le champ de ses recherches, de manière à pouvoir pousser les investigations à fond et établir pour les jurisconsultes eux-mêmes que le droit est progressif. Certes il n'a pas dit le dernier mot de l'histoire du droit, mais qui prétendrait le dire aujourd'hui? Sans doute on ne doit pas négliger l'étude du droit des peuples qui n'ont pas d'histoire ou qui n'ont qu'une histoire imparfaite, et on ne blâmera jamais Montesquieu d'avoir voulu donner à ce droit une place même exagérée dans l'*Esprit des lois*. Mais il est impossible de ne pas reconnaître que, même après les recherches savantes et curieuses de sir John Lubbock et de maints autres chercheurs laborieux, nous ne sommes pas en mesure d'obtenir sur ce point des conclusions véritablement scientifiques. Il y a là un magnifique sujet d'études, assez vaste pour absorber les efforts d'une génération de laborieux ouvriers, et d'où l'on tirera sans aucun doute les informations les plus fécondes. Mais il faudra longtemps encore accumuler et critiquer les matériaux. En attendant, soyons reconnaissants pour ceux qui, comme M. Maine, nous montrent l'enchaînement des institutions qui, par le moyen âge, lient les temps de l'antiquité classique à notre temps, et fournissent l'interprétation rationnelle de cette grande énigme historique, la féodalité, en même temps qu'un soutien sérieux aux conclusions de la moderne science sociale.

Maintenant M. Maine poursuit le cours de ses études et nous montre, dans l'Inde et de notre temps, cette commune patriarcale [1] dont les écrivains allemands avaient constaté l'existence récente chez eux et en Angleterre; il nous expose la transformation dans notre

[1] VILLAGE COMMUNITIES IN THE EAST AND WEST, *six lectures delivered at Oxford*, 1 vol. in-8°.

Europe de cette commune en fief, et nous révèle une curiosité historique et juridique de premier ordre, en nous racontant comment le droit patriarcal et sacerdotal de l'Inde s'altère au contact de la civilisation anglaise. Dans ces études encore incomplètes, et dont nous ne comprenons pas bien l'unité, nous craignons que M. Maine n'ait un peu fléchi devant certains préjugés germaniques auxquels il avait résisté jusqu'alors, et qu'il n'ait pas étendu suffisamment cette fois le champ de ses recherches. Mais en compensation, il continue et rectifie quelques-unes des idées énoncées dans l'*Ancien Droit*, et l'étude de l'Inde lui fait mieux apprécier et toucher en quelque sorte l'importance du commerce et du droit commercial. Laissons-le poursuivre sa laborieuse carrière en l'accompagnant de notre attention et de nos vœux, et contentons-nous aujourd'hui de le signaler comme un penseur original en même temps que comme un jurisconsulte instruit, dont les écrits ne sauraient être négligés de quiconque s'occupe sérieusement de science sociale.

Bex, Septembre 1873.

COURCELLE SENEUIL.

PRÉFACE.

L'objet principal des pages suivantes est d'indiquer quelques-unes des idées primitives du genre humain, telles que les reflète l'ancien droit, et de montrer le rapport qui lie ces idées à la pensée moderne.

Une grande partie des recherches auxquelles je me suis livré n'auraient pas pu être conduites avec la moindre espérance de succès, s'il n'avait existé un corps de droit comme celui des Romains, portant dans ses parties primitives des signes de la plus haute antiquité, et montrant dans ses dernières parties le fonds des institutions civiles qui, de nos jours même, régissent la société. La nécessité de prendre le droit romain comme type a forcé l'auteur à tirer de ce droit un nombre d'exemples qui pourra

sembler excessif; mais il n'a pas eu l'intention d'écrire un traité de droit romain, et il a évité autant qu'il l'a pu les discussions qui auraient pu donner à son œuvre l'apparence d'un traité de ce genre. L'espace qu'occupent dans les chapitres III et IV certaines théories philosophiques des jurisconsultes romains leur a été accordé pour deux motifs. En premier lieu, l'auteur estime que ces théories ont eu sur les idées et les actes des hommes une influence beaucoup plus étendue et plus durable qu'on ne le croit vulgairement. En second lieu, il pense que ces théories sont la source de plusieurs idées qui ont dominé jusqu'à ces derniers temps l'opinion sur les matières traitées dans ce volume. Il était impossible à l'auteur d'avancer beaucoup dans son entreprise sans exprimer sa pensée sur l'origine, le sens et la valeur de ces spéculations.

Londres, Janvier 1861.

L'ANCIEN DROIT.

CHAPITRE PREMIER.

Les anciens codes.

Le système de jurisprudence le plus célèbre que le monde connaisse a commencé, comme il a fini, par un code. Dès l'origine de l'histoire du droit romain jusqu'à la fin, le langage des expositeurs implique que ce système repose sur les douze tables des décemvirs et, par conséquent, sur une base de droit écrit. Hors un cas particulier, aucune institution antérieure aux douze tables n'était reconnue à Rome. La théorie qui fait descendre le droit romain d'un code, et celle qui fait descendre le droit anglais d'une tradition immémoriale et non écrite, sont les causes principales des différences qui existent entre le développement du droit romain et celui du droit anglais. Ni l'une ni l'autre de ces théories n'est complétement d'accord avec les faits, mais l'une et l'autre ont eu des conséquences d'une extrême importance.

Je n'ai guère besoin de dire que la publication des douze tables n'est pas le commencement de l'histoire du droit. L'ancien code romain appartient à une classe dont la plupart des peuples civilisés peuvent montrer un exemplaire et qui, pour ne parler que des Grecs et des Romains, se trouvait fort répandue chez les uns et chez les autres à des époques peu éloignées l'une de l'autre. Ces codes apparurent dans des circonstances presque identiques et furent produits, dans notre opinion, par des causes qui se ressemblent beaucoup. Sans doute, il y a derrière ces codes de nombreux phénomènes juridiques plus anciens qu'eux. Il existe bien des documents qui prétendent nous donner des informations sur les phénomènes primitifs du droit ; mais jusqu'à ce que la philologie ait complétement analysé la littérature sanscrte, nos meilleures sources de renseignements sont sans contredit les poëmes homériques, considérés non comme une histoire de faits positifs, mais comme la description, non tout à fait idéale, d'un état de société connu du poëte. Son imagination peut avoir exagéré certains traits de l'âge héroïque, les prouesses des guerriers et la puissance des dieux ; mais il n'y a pas lieu de croire qu'il ait altéré des conceptions métaphysiques et morales, qui n'étaient pas encore la matière d'une étude consciente. Sous ce rapport, la littérature homérique est bien plus digne de foi que des documents plus récents qui prétendent aussi nous rendre compte de temps primitifs, mais qui ont été rédigés sous des in-

fluences philosophiques ou théologiques. Si nous pouvons parvenir à déterminer les formes primitives des conceptions juridiques, ce sera au moyen de ces poëmes; les idées rudimentaires du droit sont pour le jurisconsulte ce que les couches primitives de la terre sont pour le géologue : elles contiennent en puissance toutes les formes que le droit a prises plus tard. La légèreté ou les préjugés qui se sont opposés à ce qu'on les examinât sérieusement, doivent porter le blâme de la condition peu satisfaisante dans laquelle se trouve la science du droit. En réalité, les recherches du juriste sont conduites comme l'étaient celles du physicien et du physiologue, lorsque l'observation n'avait pas encore remplacé l'affirmation hypothétique. Des théories plausibles et intelligibles, mais sans vérification d'aucune sorte, comme celles du droit naturel ou du contrat social, sont généralement préférées à de sérieuses recherches sur l'histoire primitive de la société et du droit; et elles obcurcissent la vérité, non-seulement en éloignant l'attention du point où la vérité se trouve, mais par l'influence très-réelle et très-importante qu'elles exercent sur les développements postérieurs de la jurisprudence, lorsqu'on les a une fois acceptées et qu'on y croit.

Les premières notions relatives à l'idée, aujourd'hui si pleinement développée, d'une loi ou règle de la vie, sont exprimées par les mots « Thémis » et « Thémistes » employés dans les poëmes homériques. « Thémis, » on le sait, apparaît dans le panthéon grec des derniers temps

comme déesse de la justice; mais c'est là une conception moderne, une idée développée, et c'est dans un sens bien différent qu'on voit figurer dans l'*Iliade* Thémis comme assesseur de Zeus. Tous les observateurs dignes de foi qui ont étudié la condition primitive de l'humanité savent bien que, dans l'enfance du genre humain, les hommes ne concevaient une action soutenue ou périodique qu'en supposant l'existence d'une personnalité dont cette action était l'œuvre. Ainsi le vent qui soufflait était une personne et une personne divine; le soleil à son lever, au zénith, au couchant, était une personne et une personne divine; la terre donnant ses produits était une personne et divine. On comprend le monde moral comme le monde physique. Lorsque le roi tranchait un différend par une sentence, on supposait que son jugement était le résultat d'une inspiration divine. La personne divine qui dictait les sentences des rois ou des dieux, les plus grands des rois, était Thémis. L'emploi du pluriel *Thémistes* montre la nature particulière de cette conception. « Les Thémistes » sont les sentences elles-mêmes, dictées au juge par la Divinité. On parle des rois comme s'ils avaient à leur disposition pour s'en servir au besoin une provision de *Thémistes;* mais il faut bien comprendre que ce ne sont pas des lois, ce sont des jugements. « Zeus, ou le roi sur la terre, dit M. Grote dans son histoire de la Grèce, n'est pas un législateur, mais un juge. » Il est pourvu de Thémistes, mais comme l'on croit qu'elles émanent d'en haut, on ne peut sup-

poser qu'elles soient liées ensemble par aucun principe ; ce sont des sentences séparées, isolées.

Nous pouvons voir dans les poëmes homériques eux-mêmes que ces idées sont transitoires. Dans le mécanisme simple des anciennes sociétés, on voyait probablement se reproduire plus fréquemment qu'aujourd'hui le retour des mêmes circonstances, et dans la succession des cas semblables, les sentences devaient naturellement se suivre et se ressembler. Là est le germe ou rudiment de la Coutume, conception postérieure à celle des Thémistes ou jugements. Avec nos associations d'idées modernes, nous sommes fortement inclinés à penser *à priori* que la notion d'une coutume doit précéder celle d'une sentence judiciaire, et qu'un jugement doit affirmer une coutume ou en punir la violation ; mais il paraît hors de doute que l'ordre historique de ces deux idées est celui dans lequel je les ai placées. Le mot par lequel les poëmes homériques désignent la Coutume en embyron est « Thémis » au singulier, et plus souvent *Dikê*, dont le sens flotte visiblement entre jugement et coutume, ou usage. Le mot νόμος ou loi, si grand, et si fameux dans le vocabulaire politique des derniers temps de la société grecque, ne se trouve pas dans Homère.

Cette notion d'un agent divin qui dicte les Thémistes, et se personnifie dans Thémis, doit être séparée d'autres croyances primitives, avec lesquelles une étude superficielle pourrait la confondre. La conception de la Divinité dictant un code ou corps de droit tout entier, comme

dans le cas des lois hindoues de Manou, semble appartenir à un ordre d'idées plus récent et plus avancé. La Thémis et les Thémistes sont plus étroitement liés à cette croyance si longue et si tenace : « qu'une influence divine maintenait toutes les relations de la vie, et se trouvait au fond de toute institution sociale. » Dans le droit primitif, et au milieu des rudiments d'idées politiques, les signes de cette croyance se montrent à nous de toutes parts. On suppose qu'une présidence surnaturelle consacre et maintient toutes les institutions fondamentales de ces temps : l'État, la Race, la Famille. Les hommes groupés dans les relations diverses qu'impliquent ces institutions sont obligés de célébrer périodiquement des cérémonies communes, et d'offrir en commun des sacrifices : ces devoirs communs sont indiqués plus clairement encore par les purifications et les expiations qu'ils accomplissent de temps en temps, afin, semble-t-il, d'éviter un châtiment pour les manquements involontaires ou commis par mégarde. Quiconque est familier avec la littérature classique ordinaire, se souviendra des *sacra gentilitia*, qui exercèrent une si importante influence sur les adoptions et les testaments dans le droit romain primitif. Et de notre temps même, le droit coutumier de l'Inde, dans lequel quelques-uns des traits les plus curieux de la société primitive sont stéréotypés, fait dépendre presque tous les droits des personnes et toutes les règles des successions de l'accomplissement solennel de cérémonies pres-

crites par le rituel pour les funérailles, c'est-à-dire au point où se manifeste une solution de continuité dans la famille.

Avant de passer à l'étude d'un autre état du droit, nous pouvons donner à l'étudiant anglais un avertissement utile. Bentham, dans ses « Fragments sur le gouvernement, » et Austin, dans sa « Définition du domaine de la jurisprudence, » ramènent toute loi à un *ordre* du législateur, imposant une *obligation* au citoyen et le menaçant d'une *sanction* en cas de désobéissance; ils ajoutent que l'ordre, le premier élément de la loi, doit prescrire, non un acte isolé, mais une série ou un nombre donné d'actes de la même classe ou de la même espèce. Les résultats de cette analogie concordent exactement avec les faits lorsqu'il s'agit d'une jurisprudence arrivée à maturité, et en forçant un peu le sens des mots, ils peuvent répondre à la forme de toute loi, quelle que soit sa nature et son époque. Toutefois on n'oserait affirmer que la notion du droit, telle qu'elle existe chez la plupart des hommes, soit, même aujourd'hui, exactement conforme à cette analyse; et il est curieux de voir que plus avant nous pénétrons dans l'histoire primitive de la pensée, plus nous nous éloignons d'une conception du droit qui ressemble à un composé des éléments définis par Bentham. Il est certain que, dans l'enfance du genre humain, on ne conçoit pas l'idée d'une législation quelconque, ni même d'un auteur déterminé du droit; on n'y songe pas : le droit est à peine arrivé à l'état de cou-

tume; il est plutôt une habitude; *il est dans l'air*, comme disent les Français. La seule distinction impérative qui existe entre le bien et le mal est la sentence judiciaire qui suit les faits, sentence fondée, non sur la violation d'une loi préexistante, mais sur une inspiration venue d'en haut dans l'esprit du juge au moment où il prononce le jugement. Il est sans doute fort difficile pour nous d'entrer dans une conception si éloignée de nous dans le temps et par l'association d'idées à laquelle elle est liée, mais elle devient plus intelligible lorsque nous réfléchissons davantage à la constitution de l'ancienne société dans laquelle tout homme, passant la plus grande partie de sa vie sous l'empire du despotisme patriarcal, était contrôlé dans tous ses actes par un régime sous lequel le caprice tenait lieu de loi. J'ajouterai qu'un Anglais doit comprendre mieux qu'un étranger que les *Thémistes* aient précédé toute idée de droit, parce que, entre plusieurs théories sans consistance relatives au caractère de la jurisprudence anglaise, la plus répandue, ou tout au moins celle qui exerce sur la pratique la plus grande influence, est certainement celle qui suppose que les arrêts et les précédents existent avant les règles, les principes et les distinctions. On peut remarquer aussi que les *Thémistes* présentent le caractère qui, au point de vue de Bentham et d'Austin, distingue les ordres simples des lois. Une vraie loi prescrit à tous les citoyens sans distinction un nombre d'actes de même classe et de même sorte; et c'est là justement le carac-

tère qui a produit le plus d'impression sur l'esprit des hommes, ce qui fait qu'on donne le nom de *loi* là où il y a simplement uniformité, succession ou ressemblance. Un *ordre* ne prescrit qu'un acte, et par conséquent les *Thémistes* se rapprochent plutôt des ordres que des lois. Ce sont de simples sentences sur des points de fait isolés, et ils ne sont liés les uns aux autres par aucune relation nécessaire de dépendance.

La littérature de l'âge héroïque nous montre le droit en germe dans les *Thémistes* et plus développé dans la conception de *Dikê*. La station suivante dans l'histoire du droit, à laquelle nous arrivons, est bien marquée et très-intéressante. M. Grote, dans la seconde partie et dans le deuxième chapitre de son histoire, a clairement décrit comment la société avait pris graduellement un caractère différent de celui décrit par Homère. La royauté héroïque dépendait en partie d'une prérogative conférée par la Divinité, et en partie d'une supériorité de force, de courage et de sagesse. Peu à peu, à mesure que s'affaiblit le respect pour le caractère sacré du monarque, et qu'il y eut des hommes faibles dans la série des rois héréditaires, le pouvoir royal déclina et finit par céder la place à celui des aristocraties. S'il était permis d'employer un langage précis pour définir cette révolution, nous pourrions dire que la fonction des rois fut usurpée par ce conseil des chefs dont Homère parle souvent et qu'il décrit. Quoi qu'il en soit, après une époque de royauté, l'ère des oligarchies s'ouvre partout en Europe;

et même, quand le nom des fonctions royales ne disparaît pas tout à fait, l'autorité des rois est réduite à n'être qu'une ombre. Le roi devient un simple général héréditaire, comme à Sparte ; un simple fonctionnaire, comme l'archonte-roi à Athènes; un hiérophante, comme le *rex sacrificulus* à Rome. En Grèce, en Italie, en Asie Mineure, les classes dominantes semblent s'être composées d'un certain nombre de familles unies par une parenté supposée, et quoiqu'elles semblent à l'origine avoir prétendu posséder un caractère presque sacré, leur force ne paraît pas avoir dépendu de cette prétendue sainteté. Lorsqu'elles n'ont pas été renversées prématurément par le parti populaire, elles ont toutes fini par ressembler beaucoup à ce que nous appelons aujourd'hui une aristocratie politique. Les changements par lesquels passèrent les sociétés de la haute Asie eurent lieu à des époques bien antérieures à ces révolutions du monde hellénique et italien; mais leur place relative dans la civilisation semble avoir été la même, et il est probable que leurs caractères généraux ont été très-semblables. On peut croire, d'après quelques documents, que les races qui furent unies plus tard dans l'empire des Perses et celles qui peuplèrent la péninsule indienne, eurent toutes leur âge héroïque et leur ère d'aristocraties; mais une oligarchie militaire et religieuse semble y avoir grandi à part, sans que l'autorité du roi ait été généralement supplantée. Au contraire de ce qui se passait en Occident, l'aristocratie religieuse l'emportait

en Orient sur les puissances militaire et politique. Les aristocraties militaires et civiles y disparaissent, anéanties ou réduites à l'impuissance entre les rois et les prêtres, et le dernier résultat que nous constatons est l'existence d'un monarque jouissant d'un pouvoir très-grand, mais circonscrit par les priviléges d'une caste de prêtres. Sauf cette différence qu'en Orient les aristocraties sont devenues religieuses, et en Occident civiles et politiques, on peut affirmer avec vérité que l'ère historique des aristocraties a succédé à l'ère historique des rois, sinon dans le genre humain tout entier, au moins dans toutes les branches de la famille indo-européenne.

Le point important pour le juriste, c'est que ces aristocraties furent partout les dépositaires du droit et les juges. Elles semblent avoir hérité des prérogatives royales, avec cette différence toutefois qu'elles ne paraissent pas avoir prétendu que chacune de leurs sentences fût inspirée. L'ensemble d'idées qui faisait attribuer à une inspiration supérieure les jugements du chef patriarcal se montre encore çà et là dans la prétention que le corps entier des règles ou certaines règles ont une origine divine, mais les progrès de l'intelligence ne permettent plus d'expliquer la solution des différends privés par l'interposition d'une agence surhumaine. La prétention de l'oligarchie juridique est de monopoliser la *connaissance* des lois et de posséder exclusivement les principes d'après lesquels les différends doivent être réglés. En fait, nous voici arrivés à l'époque du droit coutumier.

Les coutumes ou usages existent maintenant comme un ensemble positif que l'on suppose précisément connu de l'ordre ou de la caste aristocratique. Les documents ne nous permettent pas de douter que l'oligarchie ait quelquefois abusé de la confiance qu'on avait en elle, mais certainement il ne faudrait pas croire qu'elle ait fait de cette confiance un moyen d'usurpation ou un instrument de tyrannie. Avant l'invention de l'écriture et dans l'enfance de l'art, une aristocratie investie du pouvoir judiciaire était le seul moyen par lequel on pût à peu près conserver avec quelque exactitude les coutumes de la race ou de la tribu. On assurait autant que possible la conservation intégrale de ces coutumes en les confiant à la mémoire d'une portion limitée de la communauté.

L'époque du droit coutumier et de sa conservation par un ordre privilégié est très-remarquable. Les conditions de jurisprudence que suppose cet arrangement ont laissé des traces qu'on peut retrouver encore aujourd'hui dans le langage juridique et même dans le langage courant; ce droit, connu exclusivement par une minorité privilégiée, caste ou aristocratie, tribu de prêtres ou collége sacerdotal, est le véritable droit non écrit; il n'y a même que ce droit dans le monde qui soit réellement non écrit. On parle quelquefois du droit anglais fondé sur la jurisprudence comme d'un droit non écrit, et quelques théoriciens nous assurent que si l'on codifiait la jurisprudence anglaise, on transformerait un droit non écrit en droit écrit, transformation très-sérieuse, disent-ils, si-

non d'une utilité douteuse. Il est certain qu'à une certaine époque l'on pouvait raisonnablement qualifier le droit coutumier anglais de droit non écrit. Les anciens juges anglais prétendaient en effet connaître des règles, des principes, des distinctions qui n'étaient pas entièrement révélés au barreau et au public. Il est très-douteux que le droit dont ils prétendaient avoir la connaissance exclusive fût réellement non écrit; mais en tout cas, dès qu'on prétendit qu'autrefois une masse considérable de règles, tant en matière civile qu'en matière criminelle, était connue seulement des juges, le droit cessa d'être non écrit. Dès que les Cours de Westminster Hall ont commencé à fonder leurs sentences sur des précédents écrits (*recorded*) dans des annuaires ou ailleurs, le droit qu'elles appliquaient est devenu droit écrit. Actuellement, il faut d'abord dégager des précédents constatés et imprimés une règle de droit anglais, puis la rédiger selon le goût, la précision et la science du juge, et ensuite l'appliquer aux circonstances de l'affaire qu'il s'agit de juger. Mais, dans toute cette façon de procéder, aucun caractère ne distingue réellement ce droit d'un droit écrit. C'est une jurisprudence (*case law*) écrite, qui ne diffère d'un droit codifié que parce qu'il est écrit autrement.

De la période du droit coutumier, nous passons à une autre époque bien tranchée dans l'histoire de la jurisprudence. Nous arrivons à l'ère des codes, de ces anciens codes dont les lois romaines des douze tables sont le type

le plus fameux. En Grèce, en Italie, sur les côtes de l'Asie Mineure colonisées par les Hellènes, ces codes parurent à peu près vers la même période, ce qui ne veut pas dire dans le même temps, mais à la même période d'avancement dans chaque communauté. Partout, dans les contrées que je viens de nommer, des lois gravées sur des tables et publiées remplacent les coutumes confiées au souvenir d'une oligarchie privilégiée. Il ne faut pas supposer un instant que les considérations raffinées que l'on indique aujourd'hui en faveur de la codification aient eu une influence quelconque dans le changement que je viens d'indiquer. La découverte et la diffusion de l'art d'écrire suggérèrent sans aucun doute à l'origine l'idée de ces anciens codes. Il est vrai que les aristocraties semblent avoir abusé de leur monopole de la science du droit, et, en tout cas, ce monopole était un obstacle formidable au succès de ces mouvements populaires qui agitaient tout le monde occidental. Mais quoique le sentiment démocratique ait pu augmenter leur popularité, ces codes furent en somme un résultat direct de l'invention de l'écriture. On vit que des tables gravées étaient de meilleurs dépositaires du droit et des moyens plus efficaces pour le conserver que la mémoire d'un certain nombre de personnes, quelque force que pût lui donner un exercice constant.

Le code romain appartient à la classe des codes dont je viens de parler. Sa valeur ne consista pas en quelque chose qui ressemblât à une classification symétrique ou

à la pureté et à la clarté de l'expression, mais dans la publicité, dans la connaissance donnée à tous les citoyens de ce qui devait être et de ce qui ne devait pas être fait. Il est vrai que l'on trouvait dans les douze tables de Rome quelques traces d'un arrangement systématique, mais on peut s'expliquer cette circonstance par la tradition d'après laquelle les rédacteurs de ces lois se seraient fait aider par des Grecs qui avaient déjà l'expérience de la rédaction des lois. Les fragments du code attique de Solon montrent cependant bien peu d'ordre, et il est probable qu'il y en avait moins encore dans celui de Dracon. Les restes de ces collections, tant en Orient qu'en Occident, sont suffisants pour montrer qu'elles mêlaient les prescriptions religieuses, civiles et morales sans tenir compte des différences essentielles qui existent entre elles. Cette circonstance concorde avec tout ce que nous savons d'ailleurs des idées anciennes, car ce n'est qu'à une époque de civilisation bien plus avancée que l'on distingue le droit de la morale, et la religion du droit.

Mais, quelles que soient, aux yeux d'un penseur moderne, les singularités de ces anciens codes, leur importance pour les anciennes sociétés dépasse toute expression. La question, — et elle affectait tout l'avenir de chaque république, — n'était pas précisément de savoir si, oui ou non, on aurait un code, car le plus grand nombre des anciennes sociétés paraissent en avoir obtenu un tôt ou tard, et sans la grande lacune

causée par la féodalité dans l'histoire du droit, il est probable qu'on pourrait rattacher tout le droit moderne à une ou à plusieurs de ces sources. Mais le point important pour l'histoire de la race était de savoir dans quelle période, dans quel état d'avancement social le droit deviendrait écrit. En Occident, le parti plébéien ou populaire de chaque État attaqua avec succès le monopole de l'oligarchie, et presque partout on obtint un code *dans les premiers temps* de l'histoire de la République. Mais en Orient, comme je l'ai déjà dit, les aristocraties dominantes tendirent à devenir religieuses plutôt que militaires et politiques, et, par conséquent, acquirent du pouvoir au lieu d'en perdre, tandis qu'en plusieurs circonstances, la configuration du sol produisait des États plus étendus et plus peuplés qu'en Occident ; — et on sait que c'est une loi sociale que les institutions particulières aient d'autant plus de vitalité et de ténacité qu'elles sont répandues sur un espace plus grand. Quoi qu'il en soit, les codes obtenus par les sociétés orientales le furent relativement bien plus tard qu'en Occident et eurent un caractère tout différent. Les oligarchies sacerdotales de l'Asie semblent toutes avoir fini par écrire dans un code leur science juridique, soit pour se diriger elles-mêmes, soit pour soulager leur mémoire ou pour instruire leurs disciples ; mais l'occasion qu'elles trouvaient d'augmenter et de consolider leur influence exerça probablement sur elles une irrésistible tentation. Leur monopole complet de la science

du droit semble leur avoir permis de rédiger des collections de lois contenant moins les règles qui étaient observées que les règles que la caste sacerdotale jugeait à propos de faire observer. Le code hindou connu sous le nom de « Lois de Manou, » qui est certainement une compilation des Brahmanes, renferme sans aucun doute maintes règles de droit primitives de la race hindoue ; mais, dans l'opinion des meilleurs orientalistes contemporains, l'ensemble des préceptes contenus dans cette collection n'a jamais eu réellement force légale dans l'Hindoustan. C'est en grande partie un tableau de ce que devrait être le droit, au point de vue des Brahmanes.

Il est conforme aux habitudes des hommes et aux motifs spéciaux des auteurs des codes semblables à celui de Manou qu'on ait attribué à ces livres la plus haute antiquité, et prétendu qu'ils émanaient textuellement de la Divinité elle-même. Manou, d'après la mythologie indienne, est une émanation de l'Être suprême; mais la compilation qui porte son nom, et dont on a de la peine à trouver la date, est dans l'histoire du droit hindou une production relativement récente.

Entre les avantages principaux que les douze tables et autres codes du même genre procuraient aux sociétés qui les obtenaient, il faut compter la protection contre les fraudes de l'oligarchie privilégiée, en même temps que contre la corruption spontanée et l'abaisse-

ment des institutions nationales. Le code romain se bornait à énoncer les coutumes qui existaient chez le peuple romain. Relativement au progrès des Romains dans la civilisation, c'était un code précoce et très-remarquable, car il fut publié à une époque où la société romaine était à peine sortie de cet état où les obligations civiles et religieuses sont inévitablement confondues. Une société barbare pratiquant un corps de coutumes est exposée à des dangers spéciaux qui peuvent arrêter fatalement ses progrès dans la civilisation. Les usages qu'une communauté donnée a adoptés dans son enfance et dans son territoire primitif sont généralement ceux qui, en somme, sont les plus propres à favoriser le développement de son bien-être physique et moral; et, si on les conserve dans leur ensemble jusqu'à ce que de nouveaux besoins sociaux aient enseigné une pratique nouvelle, la marche progressive de la société est à peu près assurée. Mais il existe malheureusement une loi de développement qui menace toujours d'influer sur les coutumes non écrites. Ces coutumes sont observées par des multitudes incapables d'en comprendre les motifs d'utilité et qui, par conséquent, expliquent inévitablement la durée de ces coutumes par des inventions superstitieuses. Alors commence ce qu'on peut décrire en peu de mots, en disant que la coutume raisonnable engendre une coutume déraisonnable. L'analogie, qui rend tant de services au droit arrivé à l'âge de maturité, est le plus dangereux des piéges dans l'enfance du droit. Des

prohibitions et des prescriptions limitées à l'origine, — et pour d'excellentes raisons, — à certains actes, deviennent applicables à tous les actes du même genre, parce qu'un homme menacé de la colère des dieux, s'il fait une chose, craint naturellement de faire quoi que ce soit qui ressemble à la chose défendue. Après que certains aliments ont été interdits pour des motifs d'hygiène, la prohibition s'étend à tous les aliments qui ressemblent à ceux qui sont défendus, lors même que la ressemblance est fondée sur des analogies de fantaisie. Ainsi une sage prescription pour assurer la propreté générale crée à la longue la routine des ablutions pour la forme ; et la division de la société en classes, nécessaire à une certaine période de crise sociale pour défendre l'existence nationale, dégénère en une distinction de castes, la plus désastreuse et la plus abrutissante des institutions humaines. La destinée du droit hindou nous fait apprécier toute la valeur du code romain. L'ethnologie nous montre que les Romains et les Hindous sont sortis à l'origine de la même souche, et il existe en réalité des ressemblances frappantes dans ce qui semble avoir été leurs coutumes primitives. Aujourd'hui encore, la jurisprudence hindoue contient un fond de prévision et de bon sens sur lequel une imitation irrationnelle a greffé un immense appareil d'absurdités cruelles. Les Romains ont été protégés par leur code contre cette corruption. Il fut rédigé lorsque leurs coutumes étaient encore saines, et cent ans après il aurait peut-

être été trop tard. Le droit hindou a été écrit en grande partie ; mais tout anciens que soient les abrégés qui existent encore en sanskrit, leur lecture prouve amplement qu'ils ont été rédigés lorsque le mal était déjà fait. Nous ne pouvons pas affirmer que si les douze tables n'avaient pas été publiées, les Romains auraient été condamnés à une civilisation aussi faible et aussi corrompue que celle des Hindous ; mais il est indubitable que leur code les a affranchis du risque d'avoir une aussi malheureuse destinée.

CHAPITRE II.

Les Fictions légales.

Lorsque le droit primitif s'est une fois incorporé dans un code, ce qu'on peut appeler son développement spontané est fini. Désormais, s'il change, les changements ont lieu après réflexion et viennent du dehors. Il est impossible de supposer que les coutumes d'une race ou tribu quelconque aient duré sans altération pendant tout le long et quelquefois l'immense intervalle de temps écoulé depuis leur déclaration par le monarque patriarcal, jusqu'à leur publication par écrit. Il serait imprudent d'affirmer que, dans cet intervalle, aucun changement n'a été introduit après délibération. Mais d'après le peu que nous savons des progrès du droit durant cette période, nous pouvons assurer que la volonté réfléchie a eu très-peu de part dans ces changements. Les innovations que nous apercevons dans les anciens usages semblent avoir été dictées par des sentiments et des modes de penser que nous ne pouvons comprendre, dans les conditions mentales où nous nous trouvons. Mais une ère nouvelle commence avec les codes. Partout où, après cette époque, nous pouvons constater des modifications du droit,

nous pouvons les attribuer à un désir conscient de progrès, ou tout au moins au désir d'embrasser des objets auxquels on n'avait pas songé dans les temps primitifs.

Il peut sembler, à première vue, qu'on ne peut tirer aucune proposition générale digne de foi de l'histoire des systèmes juridiques qui ont suivi l'introduction des codes. Le champ d'études est trop vaste. Nous ne pouvons pas être assurés d'avoir embrassé dans nos observations un nombre suffisant de phénomènes, ni d'avoir exactement compris ceux que nous avons observés. Mais l'entreprise paraîtra moins impossible si nous considérons qu'après l'introduction des codes, la distinction entre les sociétés progressives et les sociétés stationnaires commence à se faire sentir. Les premières sont les seules qui nous intéressent, et rien n'est plus remarquable que leur très-petit nombre. Malgré l'énormité des preuves qui attestent ce fait, il est bien difficile à un habitant de l'Europe occidentale de bien comprendre que la civilisation qui l'entoure est une rare exception dans l'histoire du monde. Toutes nos pensées courantes, toutes nos espérances, toutes nos craintes, toutes nos spéculations, seraient matériellement affectées si nous avions cette conception nette de la différence qui existe entre les races progressives et le reste du genre humain. Il est incontestable que la plus grande partie du genre humain n'a jamais montré le moindre désir de voir améliorer ses institutions civiles, depuis l'époque où elles se sont complétées extérieurement en prenant la forme d'un corps

durable de droit écrit. Une série de coutumes a pu être violemment renversée et remplacée par une autre; çà et là, un code primitif, avec des prétentions à une origine surhumaine, a pris une grande extension et les formes les plus surprenantes, par la perversité des commentateurs sacerdotaux; mais, si l'on excepte une très-petite partie du monde, on n'a rien vu qui ressemblât à une amélioration graduelle de la législation. On a eu la civilisation matérielle, mais, au lieu que la civilisation ait dévéloppé le droit, le droit à limité la civilisation. L'ëtude des races dans leur condition primitive nous fournit quelques moyens de constater le point auquel s'est arrêté le développement de certaines sociétés. Nous pouvons voir que l'Inde des Brahmes n'a pas dépassé une station que l'on rencontre dans l'histoire de toutes les familles du genre humain, une station dans laquelle la règle de droit est confondue avec la prescription religieuse. Les membres d'une société semblable estiment que la transgression d'un précepte religieux doit être réprimée par des pénalités civiles, et que la violation des règles du droit civil expose le délinquant à la punition divine. En Chine, on est allé plus avant; mais le progrès semble y avoir été arrêté, parce que les lois y sont aussi étendues que les idées dont la race est capable. Toutefois, la différence qui existe entre les sociétés progressives et les sociétés stationnaires est un des grands secrets que les recherches scientifiques n'ont pas encore découverts. Entre les explications partielles que l'on peut en donner,

je risquerai quelques considérations qui trouveront place à la fin du dernier chapitre. On peut remarquer en outre qu'il est impossible de réussir dans cette recherche, si l'on n'établit pas clairement que la condition stationnaire est la règle, et le progrès l'exception. Une autre condition indispensable pour réussir est une connaissance exacte du droit romain dans ses formes successives. De toutes les institutions humaines, le droit romain est celle qui a la plus longue histoire connue, et le caractère des changements successifs de ce droit est assez bien constaté. Du commencement à la fin, il a été progressivement amélioré ou changé dans le sens que les auteurs du changement considéraient comme une amélioration, et ces améliorations ont été continuées pendant une période de temps où la pensée et l'action du reste de l'humanité se ralentissaient, et ont semblé plus d'une fois sur le point de s'arrêter tout à fait.

Je me bornerai dans les pages qui suivent à parler des sociétés progressives. Lorsqu'il s'agit d'elles, on peut affirmer que les besoins sociaux et l'opinion publique sont toujours plus avancés que le droit. Nous pouvons indéfiniment diminuer la distance qui sépare l'opinion du droit positif, sans pouvoir jamais la supprimer, à cause des progrès constants de l'opinion. Le droit est stable, et les sociétés dont nous parlons sont progressives : le plus ou moins de bonheur des individus qui les composent dépend de la promptitude avec laquelle le droit se rapproche de l'opinion.

On peut établir une proposition générale de quelque valeur relativement aux moyens par lesquels le droit se mit en harmonie avec les besoins sociaux. Ces moyens me semblent au nombre de trois, savoir : les fictions légales, les considérations d'équité et la législation ; et ces moyens se manifestent dans l'histoire dans l'ordre où je les ai placés. Quelquefois on en verra deux opérer en même temps, et il y a des systèmes de droit qui ont échappé à l'influence de l'un ou l'autre d'entre eux ; mais je ne connais pas un cas dans lequel leur ordre de succession ait été changé ou renversé. L'histoire primitive d'un de ces moyens, l'équité, est partout obscure, et cela peut faire croire à quelques personnes que certains statuts isolés qui réforment des lois civiles sont plus anciens que toute juridiction d'équité. Pour ma part, je crois que partout les réformes par une jurisprudence d'équité ont précédé les réformes par voie législative ; mais lors même que cette opinion ne serait pas strictement exacte, il suffirait, pour être correct, de limiter la proposition relative à l'ordre de succession des trois moyens aux périodes pendant lesquelles ils exercent une influence soutenue et réelle sur la transformation du droit.

J'emploie le mot *fiction* dans un sens beaucoup plus large que celui dans lequel les jurisconsultes anglais sont habitués à l'employer, et dans un sens plus étendu que celui des *fictiones* romaines. *Fictio*, dans l'ancien droit romain, est un terme de procédure et désigne une affirma-

tion fausse du demandeur contre laquelle le défendeur ne peut aller, comme, par exemple, quand il est dit que le demandeur, étranger en réalité, est citoyen romain. Le but de ces *fictiones* était de donner juridiction, et par là elles ressemblaient fort aux allégations formulées dans les actes introductifs d'instance devant nos cours du banc de la reine et de l'échiquier, allégations au moyen desquelles ces cours imaginèrent d'empiéter sur la juridiction de la cour des plaids communs, — allégation que le défendeur était sous la garde du maréchal du roi, ou que le demandeur était débiteur du roi et ne pouvait payer sa dette par la faute du défendeur. Mais j'emploie ici l'expression de *fiction légale* pour désigner toute affirmation qui cache ou affecte de cacher l'altération survenue dans une règle de droit, dont l'application change, tandis que le texte subsiste. Cette expression comprend, par conséquent, les exemples que je viens d'emprunter au droit romain et au droit anglais ; mais elle comprend beaucoup plus, car je dois dire que notre droit sur précédents (*case law*) et les *responsa prudentum* des Romains reposaient sur des fictions. Nous allons tout à l'heure étudier ces deux exemples. En *fait*, dans les deux cas, le droit a changé complétement ; la *fiction* suppose qu'il est resté ce qu'il était. Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi les fictions sous toutes leurs formes s'accordent bien avec l'état d'enfance de la société : elles satisfont le désir d'améliorer, qui ne manque pas tout à fait, et n'offensent pas la répugnance su-

perstitieuse pour le changement, qui subsiste encore. Dans un certain état d'avancement social, ce sont des expédients utiles pour tourner un droit rigide et, en réalité, sans une de ces fictions, l'adoption, qui permettait de créer artificiellement les liens de famille, il serait difficile de comprendre comment la société aurait pu sortir de ses langes et faire les premiers pas dans la civilisation. Par conséquent, nous ne devons pas nous laisser toucher par le ridicule que Bentham jette sur les fictions légales chaque fois qu'il en parle. Les décrier comme frauduleuses, c'est montrer qu'on ignore leur fonction dans le développement historique du droit. Mais il y aurait sottise égale à suivre certains théoriciens qui, ayant vu les services rendus en leur temps par les fictions, veulent qu'elles restent stéréotypées dans notre droit. Il existe plusieurs fictions qui exercent encore aujourd'hui une puissante influence sur la jurisprudence anglaise, auxquelles on ne pourrait renoncer sans choquer beaucoup les idées et sans altérer considérablement le langage des praticiens anglais ; mais il est généralement vrai sans aucun doute qu'il est indigne de nous de chercher un effet d'une utilité reconnue par un moyen aussi grossier qu'une fiction légale. Je ne puis admettre qu'une anomalie quelconque soit innocente, lorsqu'elle rend la loi plus difficile à comprendre ou à mettre en ordre. Or, entre autres inconvénients, les fictions légales ont celui d'être le plus grand obstacle qui s'oppose à la classification symétrique des lois. Avec

les fictions, la règle de droit n'est plus que l'écorce et comme la coquille qui contient le droit nouveau caché sous l'enveloppe d'un vieux droit miné par le temps. De là, la difficulté de savoir si la règle actuellemeat en vigueur doit être classée à sa place apparente ou à sa place réelle, et chacun, selon la nature de son esprit et sa manière de voir, choisit l'un ou l'autre terme de l'alternative. Si jamais le droit anglais doit être mis en ordre, il faudra en écarter les fictions légales qui, malgré quelques améliorations législatives récentes, y abondent encore.

Le second moyen pour adapter le droit aux besoins sociaux est ce que j'appelle l'*équité*, en désignant par ce mot un corps quelconque de règles existant à côté du droit civil, fondé sur des principes différents et prétendant à l'occasion devoir être mis au-dessus de ce droit, en vertu d'une pureté supérieure attribuée à ces principes. L'équité devant les préteurs romains ou devant les chanceliers d'Angleterre diffère des fictions, qui l'ont précédée à Rome comme chez nous, en ce que la modification introduite dans le droit est patente et avouée. D'autre part, elle diffère de la législation, moyen de perfectionnement du droit qui vient après elle, en ce que ses prétentions à l'autorité sont fondées, non sur les prérogatives d'une personne quelconque ou d'un corps constitué, ni sur les pouvoirs du magistrat qui prononce, mais sur la nature de ces principes auxquels on affirme que tout droit doit se conformer. La conception

d'un ensemble de principes plus sacrés que ceux du droit primitif, et devant être appliqués indépendamment du consentement d'une autorité extérieure quelconque, appartient à un état d'intelligence plus avancé que celui dans lequel on a imaginé les fictions légales.

La législation, c'est-à-dire les décrets d'un pouvoir qui, soit prince autocrate ou assemblée parlementaire, est l'organe supposé de la société entière, est le dernier des moyens d'améliorer le droit. Il diffère des fictions légales justement de la même façon que l'équité, et se distingue de l'équité en ce sens qu'il tire son autorité d'une personne ou d'une corporation. Sa force obligatoire est indépendante de ses principes. La législature, quelque limités par l'opinion que ses pouvoirs puissent être, possède en théorie le pouvoir d'imposer telles obligations qui lui conviennent aux membres de la communauté. Rien ne l'empêche de faire des lois avec tout l'abandon du caprice. La législation peut être dictée par l'équité, si, par ce mot, on désigne un étalon du bien et du mal auquel le législateur doit conformer ses décrets ; mais ceux-ci doivent leur force obligatoire à l'autorité de la législature, et non à celle des principes en vertu desquels agit le législateur. C'est ainsi que la législation diffère des règles d'équité, dans le sens technique du mot, qui prétendent à une autorité supérieure et respectable pour les cours de justice, même sans le concours du prince ou de l'assemblée parlementaire. Il est d'autant plus nécessaire de noter ces différences, qu'un disci-

ple de Bentham pourrait fort bien confondre sous le nom commun de *législation* les fictions, l'équité et le droit statutaire ou positif. Tout cela, dirait-il, suppose confection du droit, et il n'y a de différence que dans le mécanisme qui produit le droit nouveau. Cela est très-vrai, et nous ne devons jamais l'oublier; mais ce n'est pas une raison suffisante pour nous priver de l'emploi d'un terme aussi convenable que celui de législation dans un sens spécial. Législation et équité sont choses distinctes dans l'opinion populaire et dans l'esprit du plus grand nombre des juristes, et, bien que la distinction qui les sépare soit conventionnelle, il ne saurait être utile de la négliger, à cause des importantes conséquences pratiques qui en découlent.

Il serait facile de choisir dans presque tous les corps de règles un peu développés des exemples de *fictions légales* dans lesquelles l'observateur moderne verrait tout de suite leur vrai caractère. Dans les deux exemples que je vais examiner, il n'est pas si facile de découvrir la nature de l'expédient employé. Les premiers auteurs de ces fictions ne prétendaient peut-être pas innover, et certainement ils ne voulaient pas être suspects d'innovation. Il y a du reste, et il y a toujours eu des personnes qui refusent de voir une fiction quelconque dans ces procédés, et le langage conventionnel est conforme à leur opinion. Aucun exemple par conséquent ne peut mieux montrer combien ces fictions légales occupent de place, et combien efficacement elles remplissent leur double

fonction de transformer un système de droit et de cacher la transformation.

En Angleterre, nous sommes habitués à voir le droit s'étendre, se modifier et se perfectionner par un mécanisme qui, en théorie, est incapable d'altérer une ligne ou un point de la jurisprudence existante. Le procédé par lequel se forme cette législation n'est pas aussi peu sensible que peu reconnu. Quand il s'agit de cette grande partie de notre droit qui est contenue dans les précédents et enregistrée dans nos recueils de jurisprudence, nous employons habituellement un double langage et avons, à ce qu'il semble, une double série d'idées peu consistantes. Lorsqu'un groupe de faits est porté pour être jugé devant une cour anglaise, toute la discussion entre les juges et les avocats roule sur cette supposition qu'il ne s'élève et ne peut s'élever aucune question qui rende nécessaire l'application de principes autres que les anciens, ou de distinctions autres que celles qui sont admises depuis longtemps. On tient pour absolument démontré qu'il y a quelque part une règle de droit connu qui s'applique aux faits de la cause et que, si cette règle n'est pas découverte, c'est seulement parce qu'on n'a pas eu assez de patience, de science ou de pénétration pour la découvrir. Cependant, dès que le jugement a été rendu et enregistré dans les recueils, nous glissons sans nous en apercevoir et sans en convenir dans une façon de parler et de penser toute différente. Nous admettons maintenant que la nouvelle décision a modifié le droit.

Suivant une expression incorrecte employée quelquefois, les règles applicables sont devenues plus élastiques. En réalité on les a changées : une addition évidente a été faite aux précédents, et la règle de droit tirée de la comparaison des précédènts n'est plus la même qu'elle aurait été, si la série des cas avait été limitée à un seul exemple. Le fait est que l'ancienne règle a été abrogée et qu'une nouvelle qui l'a remplacée nous échappe, parce que nous n'avons pas l'habitude de rédiger en termes précis les formules légales que nous tirons des précédents, de telle sorte que nous n'apercevons pas facilement un changement à moins qu'il ne soit violent et éclatant. Je ne rechercherai pas en détail maintenant les causes qui ont conduit les juristes anglais à acquiescer à ces curieuses anomalies. Probablement, à l'origine, la doctrine courante était que quelque part, dans les nuages ou dans le sein des magistrats, il existait un corps de droit anglais complet bien lié, bien ordonné, d'une ampleur suffisante à fournir les principes applicables à toutes les combinaisons de circonstances imaginables. On croyait beaucoup plus à cette théorie à l'origine qu'on n'y croit maintenant ; et en effet, elle avait peut-être de meilleurs fondements qu'aujourd'hui. Les juges du XIIIe siècle avaient peut-être à leur disposition une mine de lois inconnue du barreau et de la masse du public ; car il y a quelques motifs de soupçonner qu'ils faisaient en secret de larges emprunts, qui n'étaient pas toujours judicieux, aux abrégés courants de droit romain et de

droit canonique. Mais ce magasin s'est fermé aussitôt que ces questions décidées à Westminster-Hall devinrent assez nombreuses pour former la base solide d'un système de jurisprudence ; et maintenant, depuis des siècles, les praticiens anglais s'expriment comme s'ils croyaient cette proposition paradoxale : « que depuis l'origine du droit anglais, rien n'a été ajouté à ses principes, si ce n'est par statut ou décision d'équité. » Nous ne soutenons pas que nos tribunaux font des lois ; nous supposons qu'ils n'en ont jamais fait, et cependant nous prétendons que les règles du droit coutumier anglais, avec quelque assistance de la cour de chancellerie et du parlement, sont assez étendues pour suffire aux intérêts compliqués de la société moderne.

Un corps de droit qui, au point de vue où nous nous sommes placés, ressemble beaucoup et d'une façon fort instructive à notre droit tiré des précédents (*case law*) était connu des Romains sous le nom de *Responsa prudentum*, « Réponses des savants en droit. » La forme de ces réponses a beaucoup varié aux diverses époques du droit romain ; mais pendant toute sa durée, elles consistèrent en notes explicatives sur des lois écrites, et à l'origine c'étaient exclusivement des collections d'opinions sur l'interprétation des douze tables. Ainsi que chez nous, les jurisconsultes s'exprimaient comme si le texte de l'ancien code n'avait en rien changé : là se trouvait la règle formelle : elle dominait toute glose et tout commentaire ; personne n'avouait qu'une interprétation

quelconque, quelque éminent que pût être l'interprète, ne fût pas susceptible de révision si on invoquait contre elle le vénérable texte. Cependant, en réalité, les livres de réponses qui portaient les noms des principaux jurisconsultes jouissaient d'une autorité au moins égale à celle de nos recueils de jurisprudence, et modifiaient, étendaient, limitaient constamment ou même remplaçaient dans la pratique les dispositions du droit décemviral. Les auteurs de la nouvelle jurisprudence professèrent pendant tout le temps qu'ils mirent à la former le respect le plus profond pour la lettre du code. Ils se bornaient à l'expliquer, à le déchiffrer, à en tirer le véritable sens ; mais enfin, en rapprochant des textes, en accommodant le droit aux cas qui se présentaient journellement et en spéculant sur les applications possibles aux cas qui pourraient se présenter, en introduisant des principes d'interprétation tirés de l'exégèse d'autres documents écrits qui appelaient leur attention, ils introduisirent une variété de règles auxquelles n'avaient jamais songé les rédacteurs des douze tables et qui, en réalité, ne se trouvaient que rarement ou jamais dans ce code. Tous ces traités des jurisconsultes étaient respectés parce qu'on les supposait conformes au code, mais leur autorité comparative dépendait de la réputation personnelle de ceux qui les avaient dictés. Le nom d'un grand jurisconsulte généralement connu comme tel, donnait à un livre de réponses une autorité presqu'égale à celle des décrets du législateur ;

et ce livre à son tour constituait la base sur laquelle on pouvait fonder un nouveau corps de jurisprudence. Les réponses des premiers jurisconsultes n'étaient cependant pas publiées, dans le sens moderne du mot, par leur auteur : elles étaient annotées et publiées par ses élèves, et par conséquent n'étaient pas probablement arrangées dans un ordre quelconque. La part que les étudîants ont prise dans cette publication doit être notée avec soin, parce que le service qu'ils rendaient au maître semble avoir été généralement payé par l'attention qu'il donnait à l'éducation de ses élèves. Les traités écrits pour l'enseignement sous le nom d'*Institutes* ou de *Commentaires*, un des derniers fruits de la fonction des prudents, sont un des traits les plus remarquables du système romain. C'est dans ces livres d'éducation, et non dans ceux destinés aux juristes formés, que les jurisconsultes donnaient au public leurs classifications et leurs propositions pour modifier et perfectionner le langage juridique.

En comparant les réponses des prudents romains à leur équivalent anglais, il ne faut pas oublier que c'étaient les avocats et non les juges qui expliquaient cette partie du droit romain. La décision d'un tribunal romain, quoiqu'elle eût toute autorité dans le procès jugé, n'en avait d'ailleurs aucune, si elle n'en tirait de la réputation professionnelle du magistrat qui jugeait. A proprement parler, il n'y eut à Rome, au temps de la république, aucune institution analogue à celle des cours de

judicature anglaise (*bench*), aux chambres impériales d'Allemagne ou au parlement de la France monarchique. Sans doute il y avait des magistrats investis de fonctions judiciaires importantes dans leurs divers départements, mais leur magistrature ne durait qu'un an ; de sorte qu'on ne doit pas les comparer à nos juges permanents, car leur fonction était remplie à tour de rôle par les principaux avocats. Il y aurait beaucoup à dire sur l'origine d'un état de choses qui nous apparaît comme une anomalie choquante, mais était plus conforme que notre système à l'esprit des anciennes sociétés, qui tendaient toujours à se partager en ordres distincts qui, bien que fort exclusifs eux-mêmes, ne toléraient au-dessus d'eux aucune hiérarchie professionnelle.

Il est remarquable que ce système ne produisît pas certains effets qu'on aurait pu en attendre. Ainsi, par exemple, quoique aucune barrière artificielle ne s'opposât à l'enseignement et à la diffusion du droit, il ne popularisa pas le droit romain ; il ne diminua pas l'effort d'intelligence nécessaire pour bien comprendre la science, comme dans quelques républiques grecques. Au contraire, sans l'action d'un certain nombre de causes, il est très-probable que la jurisprudence romaine serait devenue aussi minutieuse, aussi technique et aussi difficile qu'aucun des systèmes qui l'ont suivie. Il est une autre conséquence à laquelle on aurait pu naturellement s'attendre, et qui semble ne s'être jamais produite. Les jurisconsultes, jusqu'au renversement des libertés de

Rome, formèrent une classe qui n'était pas limitée et dont l'importance numérique doit avoir varié beaucoup; pourtant, il ne semble pas avoir existé de doute sur les individus dont l'opinion, pendant leur génération, était concluante sur les cas qui leur étaient soumis. Les tableaux animés qui abondent dans la littérature latine, et nous représentent la vie journalière des principaux jurisconsultes, qui nous montrent les clients venant en foule de la campagne dès l'aube, et remplissant l'antichambre, les étudiants assis tout autour avec leurs livres de notes pour enregistrer les réponses du grand jurisconsulte, ces tableaux ne s'appliquent, à chaque époque, qu'à un ou deux noms éminents. Grâce au contact direct du client et de l'avocat, le peuple romain lui-même semble avoir été très-sensible à la naissance et à la fin de la réputation des jurisconsultes, et il y a des preuves nombreuses, particulièrement dans le plaidoyer bien connu de Cicéron *Pro Murœna*, que le respect populaire pour les succès du barreau était plutôt excessif qu'insuffisant.

Nous ne pouvons pas douter que les particularités que nous avons notées dans la manière dont le droit romain se développa au commencement, n'aient été les causes de l'excellence qui le caractérise et de la richesse de ses principes. La croissance et l'exubérance des principes fut entretenue, d'une part, par la concurrence de ceux qui exposaient la loi, influence entièrement inconnue là où dominent des juges auxquels le roi ou la république

ont confié la fonction de rendre la justice. Mais la principale cause sans aucun doute de la richesse de ce droit fut la multiplication libre des cas soumis à une décision légale. Les faits qui causaient une véritable perplexité aux clients de la campagne n'étaient pas plus propres à servir de base à la réponse du jurisconsulte ou à la décision légale qu'un ensemble de circonstances hypothétiques proposées par un ingénieux étudiant. Toute combinaison de fait, qu'elle fût réelle ou imaginaire, avait précisément la même importance. Il n'importait en rien au jurisconsulte que son opinion fût dominée pour un moment par le magistrat qui jugeait la cause de son client, à moins que ce magistrat ne lui fût supérieur en science ou dans l'estime de sa profession. Je ne veux pas dire par là qu'il négligeât totalement les intérêts de son client, car à l'origine le client était son électeur, et il fut plus tard son payeur ; mais le grand chemin qui menait aux récompenses de l'ambition était la bonne opinion de ses confrères. et il est clair que, sous un système semblable à celui que j'ai décrit, on l'obtenait plutôt en considérant chaque cas comme l'application d'un grand principe ou un exemple d'une large règle qu'en l'appropriant à un triomphe isolé devant le juge. Il est évident que l'absence de tout obstacle à l'invention des questions possibles a exercé une puissante influence. Lorsque les données peuvent être multipliées à volonté, la facilité qu'on a pour développer une règle générale augmente immensément. Avec notre manière d'administrer la jus-

tice, le juge ne peut pas sortir de l'ensemble des faits qui lui sont soumis ou qui ont été soumis à ses prédécesseurs. Par conséquent, chaque groupe de circonstances qui est l'objet d'un jugement reçoit une sorte de consécration, comme disent les Français : il acquiert certaines qualités qui le distinguent de tout autre cas réel ou supposé. Mais à Rome, comme j'ai essayé de l'expliquer, il n'y avait rien qui ressemblât à une chambre de juges, et, par conséquent, aucune combinaison de faits n'avait plus de valeur qu'une autre. Lorsqu'une difficulté était soumise à l'opinion du jurisconsulte, rien n'empêchait une personne douée du sentiment de l'analogie de réunir et d'examiner toute la classe de questions supposées qui se rattachaient à celles qui étaient en discussion. Quel que fût l'avis pratique donné au client, la réponse recueillie dans les notes des étudiants considérait sans doute les circonstances de la cause comme gouvernées par un grand principe ou comprises dans une règle dominante. Rien de pareil n'a jamais été possible chez nous, et on devrait reconnaître que, dans les critiques nombreuses dirigées contre le droit anglais, on semble avoir toujours perdu de vue la manière dont il a été énoncé. L'hésitation de nos cours à déclarer des principes peut être plus raisonnablement attribuée à la pauvreté relative de nos précédents, quelque volumineux qu'ils paraissent à ceux qui ne connaissent aucun autre système de droit, qu'à la disposition de nos juges. Il est vrai que, quant à la richesse des principes légaux, nous

sommes beaucoup plus pauvres que plusieurs nations de l'Europe moderne; mais ces nations, il ne faut pas l'oublier, ont pris la jurisprudence romaine comme base de leurs institutions civiles: elles ont bâti leurs murailles avec les débris du droit romain ; mais dans les matériaux et dans la main-d'œuvre du reste, il n'y a pas grand'-chose qui l'emporte sur les constructions élevées par les juges anglais.

La période de la liberté romaine fut celle pendant laquelle le droit romain reçut le cachet qui le caractérise ; et pendant tous les premiers temps ce fut surtout par les réponses des jurisconsultes que le droit se développa. Mais à mesure qu'on approche de la fin de la république, les réponses prennent une forme qui doit avoir été fatale à leur développement ultérieur: elles sont réduites en système et réunies dans des abrégés. On dit que Q. Mucius Scœvola, le pontife, publia un manuel de tout le droit civil, et on trouve dans les écrits de Cicéron des signes du dégoût croissant pour les anciennes méthodes comparées aux instruments plus actifs des innovations légales. En effet, à cette époque d'autres moyens étaient venus modifier le droit. L'édit ou proclamation du préteur avait acquis du crédit comme instrument principal de la réforme du droit, et L. Cornélius Sylla, en faisant promulguer le grand groupe de lois appelées *Leges Corneliœ*, avait montré quelles améliorations rapides et promptes peuvent être obtenues par la législation directe. Auguste porta le dernier coup aux

réponses en limitant à un petit nombre de jurisconsultes principaux ceux qui avaient le droit de donner des opinions obligatoires sur les cas qui leur étaient soumis : changement qui, quoiqu'il nous rapproche des idées du monde moderne, doit évidemment avoir altéré radicalement le caractère de la profession de jurisconsulte et la nature de son influence sur le droit romain. A une époque postérieure s'éleva une autre école de jurisconsultes qui sont pour toujours les lumières du droit. Mais Ulpien, Paul, Gaïus et Papinien n'étaient pas auteurs de réponses. Leurs ouvrages sont des traités en règle sur des branches particulières du droit, et plus spécialement sur l'édit du préteur.

Nous examinerons dans le chapitre suivant l'*équité* des Romains et l'édit prétorien par lequel elle fut introduite dans leur système. Quant aux lois proprement dites, il suffit de dire qu'elles furent peu nombreuses sous la république, mais devinrent très-volumineuses sous l'empire. Dans la jeunesse et l'enfance d'une nation, il est rare que la législation soit appelée à faire une réforme générale du droit privé. Le vœu du peuple ne demande pas un changement des lois, qui sont habituellement estimées plus qu'elles ne valent, mais seulement qu'elles soient appliquées dans leur pureté, complétement et sans obstacle ; on recourt au pouvoir législatif pour faire disparaître quelque grand abus ou pour terminer quelque querelle invétérée entre des classes ou des dynasties. Il semble avoir existé

dans l'esprit des Romains quelque association d'idées qui joignait la promulgation d'un grand corps de lois à l'apaisement de la société après une grande commotion civile. Sylla signala sa reconstitution de la république par les lois Cornéliennes ; Jules César se proposait de faire beaucoup de lois. Auguste promulgua le groupe si important des lois Juliennes ; et, entre les derniers empereurs, les plus grands promulgateurs de lois sont des princes qui, comme Constantin, ont eu les arrangements sociaux à reconstituer. La véritable période de la législation romaine ne commence qu'à l'établissement de empire. Les lois des empereurs, rendues au commencement au nom du peuple, mais émanant plus tard franchement de la prérogative impériale, s'étendent et deviennent plus nombreuses depuis la consolidation du pouvoir d'Auguste jusqu'à la publication du code de Justinien. On verra que, dès le règne du second de ces empereurs, on s'approche beaucoup de la forme de droit et d'administration de la justice qui est aujourd'hui familière à tout le monde. Un droit statutaire et un corps limité d'expositeurs sont nés ; une cour d'appel permanente et une collection de commentaires approuvés s'y joindront bientôt, et nous arrivons ainsi bien près des idées de notre temps.

CHAPITRE III.

Droit de la nature et équité.

La théorie d'un ensemble de principes de droit devant, en vertu de leur supériorité intrinsèque, être au-dessus des anciennes lois, eut cours de bonne heure à Rome et en Angleterre. Un corps de principes semblables, sur quelque système qu'il soit fondé, a été désigné dans les chapitres précédents sous le nom *d'équité*, terme qui, comme on va le voir, fut une des dénominations sous lesquelles cet agent des réformes juridiques fut connu des jurisconsultes romains. La jurisprudence de la cour de la chancellerie, qui porte le nom d'équité en Angleterre, ne pourrait être convenablement discutée que dans un traité à part. Sa contexture est très-complexe, et ses matériaux viennent de plusieurs sources hétérogènes. Les premiers chanceliers ecclésiastiques y ont fait entrer, du droit canonique, plusieurs des principes sur lesquels repose tout l'édifice. Le droit romain, plus fertile que le droit canonique en règles applicables aux contestations séculières, a été fréquemment mis à contribution par les juges postérieurs de la chancellerie, dans les sentences desquels nous trouvons

souvent des textes entiers empruntés au *Corpus juris civilis,* sans altération des termes, bien que leur origine ne soit jamais signalée. Plus récemment, et particulièrement au milieu et dans la dernière partie du dix-huitième siècle, les systèmes mêlés de jurisprudence et de morale des publicistes des Pays-Bas semblent avoir été fort étudiés par les juristes anglais, et depuis lord Talbot jusqu'à l'entrée de lord Eldon à la chancellerie, ces systèmes eurent une influence considérable sur la jurisprudence de cette cour. Cette jurisprudence, formée de matériaux divers, fut grandement influencée dans son développement par la nécessité de se conformer aux analogies du droit commun, mais elle a toujours formé un corps de principes juridiques relativement nouveaux, tendant à supplanter la vieille jurisprudence du pays en vertu d'une supériorité morale intrinsèque.

L'équité chez les Romains était une construction plus simple, et on peut suivre plus facilement son développement dès l'origine. Son caractère et son histoire méritent un examen attentif. C'est de là que viennent plusieurs idées qui ont exercé une profonde influence sur la pensée humaine et, par cette pensée, ont affecté sérieusement les destinées de l'humanité.

Les Romains attribuaient deux sources à leur droit. « Toutes les nations, disent les Institutes publiées sous le nom de l'empereur Justinien, qui sont régies par des lois et des coutumes, sont gouvernées en partie par leurs lois particulières et en partie par les lois communes à

tout le genre humain. Le droit qu'un peuple se fait s'appelle droit civil de ce peuple; mais celui que la raison naturelle dicte à tout le genre humain s'appelle droit des nations, parce que toutes les nations s'en servent. » La partie du droit « que la raison naturelle dicte à tout le genre humain, » était l'élément que l'édit du préteur était supposé avoir introduit dans la jurisprudence romaine. Ailleurs on l'appelle plus simplement *jus naturale* ou droit naturel; et on dit que ses prescriptions sont dictées par l'équité naturelle (*naturalis æquitas*) aussi bien que par la raison naturelle. J'essayerai de découvrir l'origine de ces expressions fameuses, « droit des nations, droit naturel, équité, » et de déterminer comment les conceptions qu'elles indiquent sont en rapport entre elles.

Quiconque a étudié, même superficiellement, l'histoire romaine, a dû être frappé de l'influence extraordinaire qu'avait eue la présence des étrangers sous des noms différents sur les destinées de la république. Les causes de cette immigration sont assez visibles dans les derniers temps, car il est facile de comprendre que les hommes de toute race affluent dans une ville maîtresse du monde; mais le même phénomène d'une nombreuse population d'étrangers et d'affranchis se montre à nous dès les premières pages de l'histoire romaine. Sans doute la société de l'ancienne Italie, composée en grande partie de hordes de voleurs, était instable, de telle sorte que les hommes étaient toujours portés à s'é-

tablir sur le territoire d'une communauté assez forte pour se protéger et les protéger contre les attaques extérieures, lors même que la protection était achetée au prix de lourds impôts, de la perte des libertés politiques et de mainte humiliation sociale. Il est probable toutefois que ces considérations n'expliquent pas tout, et qu'il faut aussi tenir compte d'actives relations commerciales qui, bien qu'il en soit peu question dans les traditions militaires de la république, ont existé certainement entre Rome et Carthage et l'intérieur de l'Italie dans les temps antéhistoriques. A quelques circonstances qu'il faille l'attribuer, l'élément étranger de la république détermina la direction de toute son histoire, qui, à toutes les époques, n'est guère que le récit de conflits entre une nationalité tenace et une population étrangère. Rien de pareil ne se voit dans les temps modernes : en premier lieu, parce que les nations modernes de l'Europe n'ont presque jamais ou jamais reçu d'immigrations étrangères assez considérables pour se faire sentir à la masse des citoyens natifs ; et en second lieu, parce que les États modernes, liés ensemble par le droit reconnu à un roi ou à un supérieur politique, absorbent des masses considérables d'immigrants avec une rapidité inconnue dans l'ancien monde, où les citoyens primitifs d'une république se croyaient toujours unis par les liens du sang, et considéraient les réclamations tendant à partager leur droit comme une usurpation de leur héritage. Dans les premiers temps de la république

romaine, le principe de l'exclusion absolue des étrangers se trouvait dans le droit civil comme dans la constitution de l'État. L'étranger ou l'affranchi ne pouvait avoir aucune part dans les institutions que l'on supposait aussi anciennes que l'État : il ne pouvait jouir des avantages du droit quiritaire ; il ne pouvait entrer dans le *nexum*, qui était à la fois le transfert des biens et le contrat des premiers Romains; il ne pouvait intenter l'action sacramentelle, mode de procédure dont l'origine remonte à l'enfance de la civilisation. Cependant ni l'intérêt ni la sécurité de Rome ne permettaient qu'il fût tout à fait sans loi. Toutes les anciennes communautés couraient le risque d'être renversées par une légère perturbation d'équilibre, et le simple instinct de la conservation devait forcer les Romains à imaginer quelque méthode pour définir les droits et les devoirs des étrangers, qui autrement auraient pu décider leurs différends à main armée, ce qui, dans l'ancien monde, présentait un danger très-réel.

Du reste, à aucune époque de l'histoire romaine, on ne négligea complétement le commerce extérieur. Ce fut donc probablement moitié comme mesure de police, moitié pour faciliter le commerce qu'on établit une juridiction pour juger les procès entre étrangers et entre citoyen et étranger. L'établissement de cette juridiction emportait avec lui la nécessité immédiate de trouver quelques principes d'après lesquels on pût juger, et ceux que les juristes romains appliquèrent caractérisent bien

l'époque. Ils ne voulurent pas, comme je l'ai déjà dit, décider ces nouveaux procès d'après le droit civil romain. Ils ne voulaient pas non plus, sans doute parce qu'ils y voyaient une espèce de dégradation, appliquer le droit de l'État d'où venait le plaideur étranger. L'expédient auquel ils recoururent fut de choisir des règles de droit communes à Rome et aux différents États italiens dans lesquels les immigrants étaient nés. En d'autres termes, ils se mirent à former un système conforme au sens primitif et littéral de *jus gentium*, c'est-à-dire un droit commun à toutes les nations. Le *jus gentium* était en réalité le résumé de ce qu'il y avait de commun dans les coutumes des anciennes tribus italiennes, car elles étaient *toutes les nations* que les Romains avaient le moyen d'observer, et qui envoyaient des immigrants sur le territoire romain. Chaque fois que l'on voyait un usage admis par un grand nombre de tribus, on le considérait comme une part du droit commun à toutes les nations, ou *jus gentium*. Ainsi, bien que le transfert de propriété fût certainement accompagné de formes différentes dans les diverses républiques situées autour de Rome, le transfert effectif, tradition ou remise de l'article transféré, faisait partie de la procédure dans toutes ces républiques. Ce fut, par exemple, une partie secondaire, il est vrai, dans les formes de la mancipation ou transfert particulier aux Romains. La tradition, par conséquent, étant probablement la seule condition commune dans les modes de transfert que les jurisconsultes

avaient sous leurs yeux, fut considérée comme une institution *juris gentium*, ou règle de droit commune à toutes les nations. Un grand nombre d'autres usages furent étudiés avec le même résultat. On découvrit quelque trait caractéristique commun à toutes les coutumes ayant le même but, et ce trait prit place dans le *jus gentium*. Par conséquent, le *jus gentium* fut la collection des règles et des principes que l'observation signalait comme communs aux institutions qui régissaient les diverses tribus italiennes.

Les circonstances dans lesquelles est né le *jus gentium* suffisent pour nous préserver de l'erreur de croire que les juristes romains eussent pour ce droit un respect particulier. Ils l'avaient admis, en partie par dédain pour toute loi étrangère, et en partie pour ne pas donner à l'étranger les avantages de leur droit civil indigène. Il est vrai qu'aujourd'hui nous considérerions probablement à un tout autre point de vue le *jus gentium*, si nous avions à faire la même opération que les jurisconsultes romains. Nous accorderions quelque vague supériorité à des principes que nous verrions répandus dans un grand nombre de coutumes diverses : nous aurions une sorte de respect pour des règles universelles. Peut-être parlerions-nous de cet élément commun comme s'il était l'essence de la transaction dans laquelle il entrerait, et nous stigmatiserions comme accidentelles et accessoires les formalités qui varieraient dans les différents États. Peut-être conclurions-nous que les races que nous com-

parerions avaient autrefois un système d'institutions communes dont le *jus gentium* serait la reproduction, et que les coutumes compliquées des États différents ne sont qu'une corruption des dispositions plus simples qui les régissaient primitivement. Mais les résultats auxquels conduisent les idées modernes sont, autant qu'il est possible, le contraire de ceux auxquels arrivait instinctivement le Romain des premiers temps. Il regardait avec déplaisir ou avec une crainte jalouse ce que nous respectons ou admirons. Les parties de la jurisprudence pour lesquelles il avait de l'affection sont justement celles qu'un théoricien moderne dédaigne comme accidentelles et transitoires : comme les gestes solennels de la mancipation ; les questions et réponses soigneusement ajustées du contrat verbal ; les formalités sans fin des plaidoiries et de la procédure. Le *jus gentium* était simplement un système que la nécessité politique lui imposait. Il l'aimait aussi peu que les étrangers des institutions desquels il sortait et pour l'avantage desquels il était établi. Il fallait une révolution complète de ses idées pour qu'il respectât ce droit, et lorsque cette révolution s'accomplit, elle fut si complète que, si nous apprécions le *jus gentium* tout autrement que le Romain primitif, c'est parce que le droit et la philosophie modernes ont hérité des opinions des jurisconsultes romains postérieurs. Il vint un temps ou le *jus gentium*, considéré d'abord comme un ignoble appendice du droit civil, fut regardé comme le grand modèle, encore impar-

fait, auquel tout droit devait se conformer autant que possible. Cette crise arriva lorsque la théorie grecque du droit naturel fut appliquée à Rome à l'administration pratique du droit commun à toutes les nations.

Le *jus naturale* ou droit de la nature est simplement le *jus gentium* ou droit des nations vu à la lumière d'une théorie particulière. Le jurisconsulte Ulpien, avec le goût des distinctions qui caractérise les juristes, a essayé sans succès de distinguer ces deux droits ; mais le langage de Gaïus, dont l'autorité est plus grande, et le passage des Institutes que nous avons cité ne permettent pas de douter que ces deux expressions ne signifiassent en réalité une même chose ; la différence qui existe entre elles est toute historique, et on n'a jamais pu les distinguer sérieusement. Il est à peu près inutile d'ajouter que la confusion entre le *jus gentium*, ou droit commun à toutes les nations, et le *droit international* est tout à fait moderne. Le nom classique du droit international est *jus feciale*, ou droit des négociations et de la diplomatie. Toutefois il est certain que les opinions confuses qui régnaient sur le sens des mots *jus gentium* ont beaucoup contribué à produire la théorie moderne : « que les relations des États indépendants sont régies par le droit de la nature. »

Il devient nécessaire de rechercher comment les Grecs comprenaient la nature et son droit. Le mot Φύσις, que les Latins ont traduit par *natura* et nous par *nature*, désignait sans aucun doute à l'origine l'univers matériel,

mais il le désignait sous un aspect qu'il n'est pas facile de déterminer en langage moderne, tant est grande la distance intellectuelle qui nous sépare de cette époque. Le mot « nature » désignait le monde physique considéré comme le résultat de quelque élément ou loi primordiale. Les plus anciens philosophes grecs expliquaient habituellement la création comme la manifestation d'un seul principe qui, suivant les uns, était le mouvement, suivant les autres, le feu ou l'humidité, ou la génération. Dans son sens le plus simple et le plus ancien, le mot « nature » désigne précisément le monde physique considéré à ce point de vue de la manifestation d'un principe. Plus tard les sectes grecques, revenant à des idées qu'avaient abandonnées les plus grandes intelligences de la Grèce, ajoutèrent le monde moral au monde physique dans leur conception de la nature. Elles étendirent le sens du mot au point de lui faire comprendre, non-seulement la création visible, mais les idées, les pratiques et les aspirations du genre humain. Cependant, comme autrefois, ce n'étaient pas seulement les phénomènes moraux de la société qu'ils comprenaient sous le nom de « nature, » mais ces phénomènes considérés comme étant régis par quelques lois générales et simples.

Comme les anciens théoriciens grecs avaient supposé que les jeux du hasard avaient changé l'univers matériel, en le faisant passer de sa première forme simple à la forme compliquée qu'il a aujourd'hui, de même leurs

descendants intellectuels imaginèrent que, n'étaient quelques malheureux accidents, le genre humain suivrait des règles de conduite plus simples et mènerait une vie moins orageuse. Vivre selon la nature fut considéré comme la fin de l'existence humaine; c'était le but que les hommes les meilleurs devaient s'efforcer d'atteindre. Vivre selon la nature, c'était s'élever au-dessus des habitudes désordonnées et des plaisirs grossiers du vulgaire, pour suivre des règles d'action plus hautes, qui exigeaient l'abstinence et l'empire sur soi-même. On sait que cette proposition : « Vivre selon la nature, » était le résumé des opinions de la fameuse philosophie stoïcienne. Lorsque la Grèce fut conquise, cette philosophie fit des progrès rapides dans la société romaine. Elle avait un attrait naturel pour la classe riche qui, en théorie du moins, faisait profession des habitudes simples de l'ancienne race italienne et dédaignait les innovations et modes étrangères. Les personnes qui appartenaient à cette classe commencèrent aussitôt d'affecter l'observation des préceptes stoïques de vie conforme à la nature, affectation d'autant plus flatteuse et, pourrions-nous ajouter, d'autant plus noble qu'elle contrastait avec le dérèglement complet répandu dans la cité impériale par le pillage du monde et par l'exemple des races les plus adonnées aux luxe. En tête des disciples de la nouvelle école grecque figuraient, nous pourrions en être certain, lors même que nous ne le saurions pas par l'histoire, les jurisconsultes romains. Il est prouvé

que, des deux seules professions qui existaient dans la république romaine, les militaires appartenaient au parti du mouvement, et les jurisconsultes étaient partout à la tête du parti de la résistance.

L'alliance des jurisconsultes avec les philosophes stoïciens dura pendant plusieurs siècles. Entre les jurisconsultes renommés, quelques-uns des premiers sont liés au stoïcisme, et enfin l'âge d'or de la jurisprudence romaine est fixé d'après le consentement général au siècle des Antonins, les disciples les plus fameux auxquels cette philosophie ait fourni une règle de conduite. La longue diffusion de ces doctrines entre les hommes voués à une profession devait affecter l'art qu'ils pratiquaient et sur lequel ils exerçaient une influence. Plusieurs propositions que nous trouvons dans les restes de la jurisprudence romaine seraient à peine intelligibles si on ne les interprétait par les préceptes stoïciens; mais c'est une erreur sérieuse, quoique commune, de mesurer l'influence du stoïcisme sur le droit romain en comptant le nombre des règles légales qu'on peut avec sûreté rattacher aux dogmes stoïciens. On a souvent observé que la force du stoïcisme résidait, non dans ses règles de conduite, qui étaient souvent répulsives ou ridicules, mais dans le grand principe un peu vague de la résistance aux passions. De même l'influence qu'eurent sur la jurisprudence les théories grecques, dont le stoïcisme fut l'expression la plus claire, consista moins dans le nombre des principes qu'elles introduisirent dans le

droit romain que dans la supposition fondamentale qu'elles lui prêtèrent. Lorsque le mot « nature » fut devenu habituel dans la bouche des Romains, les jurisconsultes en vinrent à croire que le vieux *jus gentium* était en réalité le code perdu de la nature, et que le préteur, en réglant la jurisprudence des édits sur les principes du *jus gentium*, rétablissait le type d'où le droit ne s'était écarté que pour devenir moins pur. Cette croyance fit naître aussitôt l'opinion que le préteur devait mettre autant que possible l'édit au-dessus du droit civil, pour faire revivre autant qu'il le pourrait les institutions par lesquelles la nature avait gouverné l'homme dans l'état primitif. De nombreux obstacles s'opposaient à l'amélioration du droit par ce moyen. Il put y avoir des préjugés à surmonter chez les juristes eux-mêmes, et les coutumes romaines étaient beaucoup trop tenaces pour céder immédiatement à une simple théorie philosophique. Les méthodes indirectes par lesquelles l'édit combattit certaines anomalies juridiques montrent la précaution avec laquelle durent agir ses auteurs, et, jusqu'à l'époque de Justinien, une partie de l'ancien droit résista obstinément. Mais en somme les progrès des Romains dans l'amélioration du droit furent rapides à étonner, dès qu'ils furent stimulés par la théorie du droit naturel. Les idées de simplification et de généralisation avaient toujours été associées avec l'idée de nature ; on regarda donc la simplicité, la symétrie et la clarté comme les caractères d'un bon système

de droit, et le goût pour le langage embrouillé, pour les formalités nombreuses et les difficultés inutiles disparut tout à coup. La volonté forte de Justinien et les circonstances extraordinaires dans lesquelles il se trouva furent nécessaires pour donner au droit romain sa forme actuelle, mais les bases de l'édifice avaient été jetées longtemps avant les réformes impériales.

Quel est exactement le point de contact entre l'ancien *jus gentium* et le droit de la nature ? Je crois qu'ils se touchent et se mêlent dans l'*æquitas* ou équité dans son sens primitif : et c'est là que nous voyons paraître pour la première fois dans la jurisprudence ce terme fameux d'équité. Pour étudier une expression dont l'origine est si éloignée et l'histoire si longue que celle-ci, il est prudent de pénétrer, si on le peut, jusqu'à la figure ou métaphore qui exprima d'abord cette idée. On a supposé généralement que le mot *æquitas* équivalait au mot grec ἰσότης, c'est-à-dire le principe d'une distribution égale ou proportionnelle. L'égale division des nombres ou des grandeurs physiques est, sans aucun doute, étroitement liée à nos conceptions de justice ; il y a peu d'associations d'idées qui restent dans l'esprit aussi obstinément que celle-ci ou dont les penseurs les plus profonds aient plus de peine à se défaire. Cependant, en recherchant l'histoire de cette association d'idées, elle ne semble pas s'être présentée de bonne heure à l'esprit humain ; elle est née plutôt d'une philosophie comparativement récente. Il est remarquable que l'égalité de

droit dont les démocraties grecques se vantaient, — cette égalité que dans le beau chant à boire de Callistrate, Harmodius et Aristogiton sont dits avoir donnée à Athènes, — n'a guère rien de commun avec l'équité des Romains. La première consiste dans une administration du droit civil égale entre les citoyens, quelque limitée que pût être la classe des citoyens ; la seconde impliquait l'application d'un droit, qui n'était pas le droit civil, à une classe qui ne se composait pas nécessairement de citoyens. La première excluait tout despote ; la seconde comprenait les esclaves. En somme, je serais disposé à chercher dans une autre direction le germe de l'équité romaine. Le mot latin *æquus* emporte avec lui plus distinctement que le mot grec ἴσος l'idée de *nivellement*. Or cette tendance niveleuse est justement le caractère du *jus gentium* qui devait frapper le plus vivement les premiers Romains. Le droit quiritaire admettait une multitude de distinctions arbitraires entre les diverses classes d'hommes et les différentes sortes de propriétés ; le *jus gentium*, tiré de la généralisation de coutumes variées, néglige les divisions quiritaires. Le vieux droit romain, par exemple, établissait une différence fondamentale entre la parenté des agnats et la parenté des cognats, c'est-à-dire entre la famille considérée comme soumise à une autorité patriarcale commune et la famille considérée, ainsi que chez les modernes, comme un groupe lié par le seul fait d'une descendance commune. Cette distinction disparait dans le « droit commun à

toutes les nations, » de même que la distinction entre les anciennes formes de propriété des choses *mancipi* et des choses *nec mancipi*. Aussi crois-je que l'oubli de ces limites et démarcations est le trait du *jus gentium* qui est désigné par *æquitas*. Je m'imagine que ce mot a désigné simplement à l'origine ce *nivellement* constant, cette suppression des irrégularités qui se manifestait partout où le système prétorien était appliqué aux contestations entre étrangers. Probablement à l'origine ce mot n'avait aucun sens moral; et il y a des raisons de croire que ce qu'il indiquait était extrêmement désagréable à l'esprit des Romains primitifs.

D'autre part, le trait du *jus gentium* que le mot « équité » présentait à l'intelligence d'un Romain était le premier caractère et le plus tranché de ce que l'on supposait être l'état de nature. Nature impliquait ordre symétrique, d'abord dans le monde physique, plus tard dans le monde moral, et dans la première notion d'ordre entraient sans doute des lignes droites, des surfaces planes et des distances mesurées. La même sorte de tableau ou de figure se présentait naturellement à l'esprit lorsqu'il travaillait à se figurer l'état de nature, et lorsqu'il examinait l'administration du droit commun à toutes les nations; et tout ce que nous savons des idées anciennes nous porte à conclure que cette ressemblance idéale a beaucoup contribué à la formation d'une croyance à l'identité des deux conceptions. Mais tandis que le *jus gentium* n'avait que peu de crédit à Rome, la théorie du

droit de nature y vint entourée de tout le prestige de l'autorité philosophique, et son idée s'associait avec celle d'une condition plus ancienne et meilleure du genre humain. Il est facile de comprendre comment la différence de point de vue affecta la dignité d'un terme qui désignait en même temps l'action des anciens principes et les résultats d'une théorie nouvelle. Même pour les modernes, ce n'est pas la même chose qu'un *nivellement* et une *correction des anomalies*, quoique la métaphore soit exactement la même. Je suis persuadé que lorsqu'une fois le mot *æquitas* fut compris comme appartenant à une théorie grecque, les associations d'idées liées à la conception grecque d'ἰσότης commencèrent à s'attacher à lui. Le langage de Cicéron rend plus que probable qu'il en fut ainsi, et ce fut le premier changement de la conception d'équité qui a été soutenu plus ou moins par presque toutes les théories morales qui sont venues depuis cette époque.

Il faut dire quelque chose de la procédure par laquelle les principes et les distinctions, associés d'abord avec le droit commun à toutes les nations et plus tard avec le droit de nature, s'introduisirent par degrés dans le droit romain. Dans la crise de l'histoire romaine qui est marquée par l'expulsion des Tarquins, il survint un changement semblable à ceux qu'on rencontre dans les annales primitives de maints États de l'antiquité, mais qui avaient peu de chose de commun avec les événements politiques que nous appelons aujourd'hui révolu-

tions. Pour le désigner correctement, on peut dire que la royauté fut mise en commission. Les pouvoirs placés précédemment dans les mains d'une seule personne furent partagés entre plusieurs fonctionnaires électifs, le nom de la royauté étant conservé et attribué à un personnage, connu plus tard sous le nom de *rex sacrorum* ou *rex sacrificulus*. Dans ce changement, les fonctions judiciaires supérieures furent attribuées au préteur, le premier fonctionnaire de la république à cette époque, et à ces fonctions il joignit la suprématie indéfinie sur le droit et la législation, qui avait toujours appartenu aux anciens souverains, et qui se rattache clairement à l'autorité patriarcale de l'âge héroïque dont ils avaient été investis autrefois. La situation de Rome donna une grande importance à la portion indéfinie des fonctions du préteur, car avec l'établissement de la république commença cette série d'épreuves qui agitèrent l'État, engagé dansles difficultés de traiter avec une multitude de personnes qui, n'étant pas légalement des Romains, se trouvaient pourtant placées d'une façon permanente sous la juridiction romaine. Les contestations de ces personnes entre elles ou entre ces personnes et les citoyens romains seraient restées hors du domaine du droit romain, si le préteur n'avait pas pris le parti de les décider, et il doit avoir rencontré bientôt les cas les plus difficiles qu'un commerce étendu faisait naître entre Romains et étrangers. Le grand accroissement de contestations semblables, soumises à la justice romaine

vers le commencement de la première guerre punique, est signalé par la nomination d'un préteur spécial, connu plus tard sous le nom de *prætor peregrinus*, chargé de s'en occuper exclusivement. Cependant, une des précautions que les Romains avaient prises contre le renouvellement de l'oppression, consistait à obliger tout magistrat dont les attributions tendaient à s'étendre à publier, en entrant en fonctions, un édit ou proclamation dans lequel il déclarait de quelle manière il entendait conduire son administration. Le préteur était, comme d'autres magistrats, soumis à cette règle; mais comme il était nécessairement impossible de rédiger chaque année un système particulier de principes, il semble avoir régulièrement publié l'édit de son prédécesseur avec les additions et les changements que les exigences du temps ou ses opinions juridiques le portaient à introduire. La proclamation du préteur, ainsi allongée chaque année, prit le nom de *ædictum perpetuum*, c'est-à-dire édit continu ou non interrompu. La longueur énorme qu'il atteignit, et peut-être le dégoût pour le désordre qui y régnait, fit arrêter la pratique d'y ajouter, pendant la magistrature de Salvius Julianus, qui était préteur sous le règne d'Adrien. L'édit de ce préteur comprenait, par conséquent, le corps entier de la jurisprudence d'équité, qu'il disposa probablement dans un ordre nouveau et symétrique, et voilà pourquoi l'édit perpétuel est souvent cité en droit romain sous le nom d'édit de Julien.

Peut-être la première question qui se présente à un Anglais qui étudie le mécanisme de l'édit, est de savoir comment étaient limités ces pouvoirs si étendus du préteur : comment une autorité si peu définie pouvait-elle exister dans une société jouissant d'un droit stable ? On peut y répondre par une observation soigneuse des conditions dans lesquelles notre droit est appliqué en Angleterre. Le préteur, il ne faut pas l'oublier, était un jurisconsulte ou un homme livré à des conseillers qui étaient jurisconsultes, et il est probable que tout juriste romain attendait impatiemment l'époque où il pourrait remplir ou contrôler la grande magistrature judiciaire. En attendant, ses goûts, ses sentiments, ses préjugés, ses lumières, étaient inévitablement ceux des hommes de sa profession, et les qualités qu'il finissait par apporter dans la fonction étaient celles qu'il avait acquises dans la pratique et les études de sa profession. Un chancelier d'Angleterre subit précisément la même préparation et porte les mêmes qualités sur le sac de laine. Lorsqu'il entre en fonctions, il est certain qu'il modifiera le droit plus ou moins avant d'en sortir ; mais jusqu'à ce qu'il ait quitté son siége et que la série de ses décisions ait été complétée dans les recueils de jurisprudence, nous ne pouvons pas découvrir jusqu'à quel point il a éclairci ou modifié les principes que ses prédécesseurs lui avaient légués. L'influence du préteur sur la jurisprudence romaine ne différait que quant à la période de temps pendant laquelle on pouvait la mesurer.

Comme nous l'avons déjà dit, ses fonctions ne duraient qu'un an, et les décisions rendues pendant cette année, bien que définitives quant aux plaideurs, n'avaient aucune valeur ultérieure. Le moment où il était le plus naturel qu'il déclarât les changements qu'il se proposait d'effectuer était, par conséquent, celui de son entrée en fonctions ; aussi, en entrant en charge, il faisait ouvertement et formellement ce que son représentant anglais fait insensiblement et quelquefois sans s'en douter. Les limites à la liberté apparente du préteur sont précisément celles qui contiennent le juge anglais. Théoriquement, il semble que les pouvoirs de l'un et de l'autre n'ont point de limite ; mais dans la pratique, le préteur romain, tout comme le chancelier d'Angleterre, était contenu dans des bornes très-étroites par les idées et les sentiments qu'il avait reçus de l'éducation, et par la force de l'opinion professionnelle, force dont la puissance ne peut être appréciée que par ceux qui l'ont éprouvée personnellement. On peut ajouter que les limites dans lesquelles le mouvement est permis, et au delà desquelles il n'y a pas à s'égarer, étaient tracées aussi distinctement dans un cas qu'elles le sont dans l'autre. En Angleterre le juge suit, en se dirigeant sur les analogies, les sentences rendues dans des cas particuliers. A Rome, comme il est probable que l'intervention du préteur eut pour objet, à l'origine, la sûreté de l'État, il est probable que, dans le principe, elle fut à la hauteur des difficultés dont il s'agissait de se débarrasser. Plus

tard, lorsque le goût des principes eut été répandu par les réponses, le préteur se servit de l'édit comme d'un moyen d'étendre l'application des principes fondamentaux qu'il croyait, avec tous les jurisconsultes de son temps, avoir découvert dans le droit. Plus tard encore, il agit complétement sous l'influence des théories philosophiques grecques, qui l'engageaient à aller en avant et lui montraient en même temps le chemin qu'il devait suivre.

On a beaucoup discuté sur la nature des mesures attribuées à Salvius Julianus. Quelles qu'elles fussent, leurs effets sur l'édit sont suffisamment clairs. Il ne s'étendit plus par des additions annuelles, et à dater de cette époque, la jurisprudence d'équité se développa par les travaux d'une suite de grands jurisconsultes qui écrivirent entre le règne d'Adrien et celui d'Alexandre Sévère. Un fragment de l'étonnant système qu'ils construisirent, les Pandectes de Justinien, dure encore et nous prouve que leurs ouvrages avaient la forme de traité sur toutes les parties du droit, et principalement de commentaires sur l'édit. En réalité, quel que soit le sujet immédiat que traite un jurisconsulte de ce temps, on peut toujours dire qu'il expose les principes de l'équité. Les principes de l'édit avaient pénétré dans toutes les parties du droit romain, avant l'époque où l'édit fût fixé. Il faut se rappeler qu'à Rome, lors même que l'équité était le plus distincte du droit civil, elle était toujours administrée par les mêmes tribunaux. Le préteur était le

principal juge d'équité en même temps que de droit commun, et dès que l'édit avait développé une règle d'équité, le tribunal du préteur commençait à l'appliquer à la place ou à côté de l'ancienne règle de droit civil, qui se trouvait ainsi abrogée directement ou indirectement, sans aucune disposition expresse de la législature. Toutefois, le droit commun et l'équité furent loin de se confondre jusqu'à l'époque où ils furent réunis par les réformes de Justinien. La séparation pratique des deux éléments de la jurisprudence entraîna quelque confusion et quelques inconvénients, et certaines doctrines du droit civil ont résisté de telle sorte, que ni les auteurs ni les expositeurs de l'édit n'y ont touché. Mais en même temps il ne restait pas un coin du champ de la jurisprudence qui ne fût plus ou moins atteint par l'influence de l'équité. Elle fournissait au juriste tous ses matériaux de généralisation, toutes ses méthodes d'interprétation, ses moyens d'éclaircir les premiers principes et cette grande masse de règles limitatives dont le législateur s'occupe rarement, mais qui exercent une influence considérable sur l'application de tous les actes législatifs.

La période des jurisconsultes finit avec Alexandre Sévère. Depuis Adrien jusqu'à lui, le droit se perfectionna, comme on le voit aujourd'hui dans un certain nombre de pays du continent, par des commentaires approuvés et par des actes législatifs. Mais sous le règne d'Alexandre Sévère, la faculté d'accroissement de

l'équité romaine semble s'être épuisée, et la succession des jurisconsultes finit. Le reste de l'histoire du droit romain est l'histoire des constitutions des empereurs et, à la fin, des tentatives faites pour codifier le corps de la jurisprudence romaine. Le *Corpus juris* de Justinien est la dernière et la plus célèbre de ces tentatives.

Il serait fatigant d'entrer dans une comparaison détaillée de l'équité en Angleterre et à Rome ; mais il est utile de mentionner deux traits qu'elle présente dans l'un et dans l'autre pays. Premièrement, à Rome comme en Angleterre, la jurisprudence d'équité aboutit, comme il arrive toujours, à un état de droit semblable à celui que constituait l'ancien droit coutumier lorsque l'équité avait commencé à le modifier. Il vient toujours une époque où les principes moraux qu'on adopte ont porté toutes leurs conséquences légitimes, et alors le système fondé sur eux devient aussi rigide, aussi peu susceptible de développement et aussi exposé à rester en arrière du progrès des mœurs que le code le plus sévère de règles légales. Cette époque fut atteinte à Rome sous le règne d'Alexandre Sévère, après lequel, quoique le monde romain tout entier subît une révolution morale, l'équité romaine cessa de se développer. L'occupation par lord Eldon du siége de chancelier marque une époque semblable dans l'histoire du droit anglais. Ce chancelier fut le premier de nos juges d'équité qui, au lieu d'étendre la jurisprudence de son tribunal par une législation indirecte, s'appliqua toute sa vie à l'éclaircir

et à mettre de l'harmonie entre ses parties diverses. Si la philosophie de l'histoire du droit était mieux comprise en Angleterre, les services de lord Eldon seraient moins exagérés par les uns et mieux appréciés par les autres qu'ils ne le sont entre les légistes de notre temps. On éviterait aussi peut-être quelques erreurs qui ont des conséquences pratiques. Les légistes anglais voient facilement que leur jurisprudence d'équité est fondée sur des règles morales ; mais ils oublient que ces règles sont celles de la morale des siècles passés, non celles du siècle actuel; qu'elles ont reçu à peu près toutes les applications dont elles sont susceptibles, et que, bien qu'elles ne diffèrent pas beaucoup des croyances morales de notre temps, elles ne sont pas au niveau de celles-ci. Les théories imparfaites qui règnent sur cette matière, ont engendré des erreurs de deux sortes. Maints auteurs de traités d'équité, frappés de ce que le système a de complet dans son état actuel, admettent implicitement ou explicitement que les fondateurs de la jurisprudence de la chancellerie prévoyaient, lorsqu'ils en jetèrent les premières bases, qu'elle prendrait la forme fixe qu'elle a aujourd'hui. D'autres se plaignent, — et c'est une plainte qu'on rencontre souvent dans les arguments du barreau, — que les règles morales appliquées par la cour de la chancellerie ne sont pas au niveau de la morale de notre temps. Ils voudraient que chaque chancelier fît sur la jurisprudence telle qu'elle est de son temps précisément ce qui a été fait sur le droit commun par les

pères de notre jurisprudence d'équité. Mais c'est là renverser l'ordre dans lequel s'effectue le perfectionnement du droit. L'équité a sa place et son temps ; mais j'ai indiqué un autre moyen qui vient la remplacer lorsque son énergie est épuisée.

Un autre caractère remarquable de l'équité à Rome et en Angleterre, est l'erreur sur laquelle reposent les prétentions à la supériorité de la règle d'équité sur la règle légale. Rien n'est plus désagréable aux hommes, pris individuellement ou par masse, que de reconnaître les progrès de leur morale. Cette répugnance se montre, en ce qui touche les individus, dans le respect exagéré qu'on a pour la vertu douteuse de persistance dans ses opinions. Le mouvement de l'opinion collective de toute une société est trop palpable pour être méconnu et trop visiblement dans le sens du mieux pour être décrié ; mais on répugne toujours beaucoup à l'accepter comme un phénomène direct, et on l'explique habituellement par le retour à une perfection qu'on avait perdue, —comme un retour vers un état d'où la race était déchue. Cette tendance à regarder en arrière au lieu de regarder en avant pour trouver le but du progrès moral a produit autrefois, comme nous l'avons vu, des effets très-sérieux et très-durables sur la jurisprudence romaine. Les jurisconsultes romains, voulant justifier l'amélioration de leur jurisprudence par le préteur, empruntèrent à la Grèce la doctrine de l'état naturel de l'homme, d'une société naturelle antérieure à l'organisation de répu-

bliques gouvernées par des lois positives. En Angleterre, d'autre part, un ordre d'idées cher aux Anglais de cette époque, expliquait comment l'équité devait dominer le droit coutumier par la supposition que le roi possédait, en vertu de son autorité paternelle, un droit général et supérieur sur l'administration de la justice. La même idée se trouve exprimée sous une forme différente et plus bizarre dans la vieille doctrine que l'équité découle de la conscience du roi, — rapportant ainsi à une élévation naturelle du sens moral du roi les progrès qui avaient eu lieu en réalité dans les sentiments moraux de la société. La formation de la constitution anglaise rendit cette théorie insoutenable au bout d'un certain temps ; mais comme à cette époque la juridiction de la chancellerie était solidement établie, on ne songea pas à la remplacer expressément. Les théories qu'on trouve dans les manuels modernes de jurisprudence d'équité sont très-variées, mais également insoutenables. La plupart d'entre elles sont des modifications de la doctrine romaine du droit naturel, qui est positivement adoptée par les écrivains qui commencent à parler de la juridiction de la cour de la chancellerie en établissant une distinction entre la justice naturelle et la justice civile.

CHAPITRE IV.

Histoire du droit naturel moderne.

On conclura de ce que j'ai dit que la théorie qui transforma la jurisprudence romaine n'a aucune précision philosophique. En effet, elle était une de ces « formes mêlées de pensée » qui, dans l'enfance de la spéculation, on le reconnaît aujourd'hui, ont caractérisé presque tous les hommes, à l'exception des esprits les plus élevés, et que l'on peut reconnaître encore dans les travaux intellectuels de notre temps. Le droit naturel confondait le passé et le présent. Logiquement il supposait un état de nature qui avait été régi par le droit naturel ; cependant les jurisconsultes ne parlent ni clairement ni avec confiance de l'existence d'un tel état, qui n'est guère mentionné par les anciens, si ce n'est sous la forme poëtique de l'âge d'or. Le droit naturel, pour tout ce qui est pratique, appartenait au présent; il était lié aux institutions existantes, en même temps qu'un observateur éclairé pouvait l'en distinguer. Ce qui caractérisait les lois naturelles des éléments grossiers auxquels elles se trouvaient mêlées était la simplicité et l'harmonie; cependant ce

n'était pas à cause de leur simplicité et de leur harmonie qu'elles étaient respectées à l'origine, mais parce qu'elles venaient du temps où la nature régnait. Cette confusion n'a pas été bien éclaircie par les disciples modernes des jurisconsultes, et en réalité les spéculations modernes sur le droit naturel trahissent des idées moins distinctes et sont viciées par une ambiguïté de langage bien plus grande que celle que l'on peut imputer avec justice aux légistes romains. Quelques écrivains ont cherché à éluder la difficulté fondamentale en soutenant que le code de la nature existe dans l'avenir et est le but auquel tend tout le progrès du droit civil; mais c'est là une assertion contraire à celle sur laquelle reposait l'ancienne théorie, ou plutôt c'est le mélange de deux théories contradictoires. La tendance à chercher des types de perfection dans l'avenir et non dans le présent a été introduite dans le monde par le christianisme. L'ancienne littérature ne contient que peu ou point d'expressions qui indiquent la croyance à un progrès de la société vers le mieux.

Mais l'importance de cette théorie pour le genre humain a été beaucoup plus grande que ne pourrait le faire supposer sa faiblesse philosophique. En réalité, il n'est pas facile de dire quel tour auraient pris les idées, et par conséquent l'histoire de l'humanité, si la croyance au droit naturel n'était pas devenue universelle dans l'ancien monde.

Il y a deux dangers auxquels le droit et la société,

qui est maintenue par le droit, sont exposés dans leur enfance. Le droit peut se développer trop rapidement. C'est ce qui eut lieu dans les codes des républiques grecques les plus progressives, qui se débarrassèrent avec une étonnante facilité des formes gênantes de la procédure et des termes techniques inutiles, et cessèrent aussitôt d'attribuer une valeur superstitieuse aux règles et prescriptions rigides. Quoique l'avantage immédiat que les citoyens retirèrent de ces réformes pût être considérable, elles n'ont pas en définitive été utiles au genre humain. Une des qualités les plus rares dans le caractère des nations est la capacité pour appliquer et développer le droit, comme droit, même dans des conditions contraires à la justice abstraite, sans cesser en même temps d'espérer et de désirer que le droit devienne conforme à un idéal plus élevé. L'intelligence grecque, avec sa mobilité et son élasticité, était incapable de se renfermer dans l'étroit vêtement d'une formule légale; et si nous pouvons en juger par les tribunaux populaires d'Athènes, que nous connaissons assez exactement, les tribunaux grecs montraient une forte tendance à confondre le droit et le fait. Ce qui nous reste des orateurs et des lieux communs d'éloquence judiciaire conservés par Aristote dans sa *Rhétorique*, montre que les questions de droit pur étaient constamment discutées avec toutes les considérations qui pouvaient influencer l'esprit des juges. On ne pouvait produire par cette méthode un système durable de jurisprudence. Un peuple qui n'hésitait

jamais à modifier les règles du droit écrit, quand elles étaient contraires à un idéal parfait dans un cas particulier, ne pouvait, s'il léguait à la postérité un corps de principes juridiques, lui léguer qu'une collection d'idées du juste et de l'injuste telles qu'elles régnaient à son époque. Une jurisprudence semblable n'aurait point de charpente solide sur laquelle pussent s'affermir les idées plus avancées des siècles suivants. Ce serait tout au plus une philosophie marquée des imperfections de la civilisation dans laquelle elle aurait grandi.

Peu de nations ont leur droit menacé par ce danger de maturité précoce et de destruction prématurée. Il est douteux qne les Romains aient jamais couru sérieusement ce risque; mais en tout cas ils étaient suffisamment protégés par leur théorie du droit naturel. Car le droit naturel des jurisconsultes était, à leurs yeux, un système qui devait graduellement absorber les lois civiles, sans les détruire tant qu'elles n'étaient pas abrogées. Dans le public, on ne considérait pas le droit naturel comme tellement sacré qu'en y appelant on pût espérer d'influencer l'esprit du juge chargé de connaître un procès particulier. La valeur et l'utilité de ce droit tenaient à ce qu'il présentait à l'esprit un type de droit parfait, à ce qu'il inspirait l'espérance de s'en approcher indéfiniment, sans tenter le praticien ou le citoyen de nier la force des lois existantes qui n'étaient pas encore conformes à la théorie. Il importe d'observer aussi que ce type du droit, peu semblable à plusieurs de ceux qui plus tard ont

trompé l'espérance des hommes, n'était pas entièrement un produit de l'imagination. On n'a jamais pensé qu'il fût fondé sur des principes non vérifiés : on pensait qu'il était la base du droit existant et qu'il fallait le chercher sous les formes de ce droit. Les fonctions du droit naturel consistaient à réformer et suppléer, non à révolutionner avec anarchie. Sous ce rapport malheureusement, la conception moderne du droit naturel a souvent cessé de ressembler à l'ancienne.

L'autre danger auquel l'enfance de la société est exposée a prévenu ou arrêté le progrès de la plus grande partie du genre humain. La rigidité du droit primitif naissant principalement de ce qu'il avait été associé et identifié avec la religion, a enchaîné la masse des hommes aux opinions relatives à la direction de la vie qui régnait à l'époque où leurs coutumes prirent pour la première fois une forme systématique. Une ou deux races ont échappé par un bonheur merveilleux à cette calamité, et ont fourni les greffes qui ont fécondé quelques sociétés modernes ; mais il est encore vrai que, dans la plus grande partie du monde, la perfection du droit est considérée comme consistant dans l'observation du plan que le législateur primitif est censé avoir tracé. Si l'intelligence, dans ces cas, s'est exercée sur la jurisprudence, elle s'est toujours vantée de la perversité subtile des conclusions qu'elle pouvait élever sur d'anciens textes sans s'écarter de leur lettre. Je ne vois pas de raison pour que le droit romain eût été supérieur à celui

des Hindous, si la théorie du droit naturel ne lui avait donné un type de perfection différent du type habituel. Dans ce cas exceptionnel, la simplicité et la symétrie restèrent comme le caractère d'un droit idéal parfait, aux yeux d'une société dont l'influence sur le genre humain devait être prodigieuse pour d'autres causes. Il est impossible d'exagérer l'importance qu'a pour une nation ou une profession l'existence d'un but distinct de progrès. Le secret de l'immense influence de Bentham en Angleterre pendant les trente dernières années, consiste en ce qu'il a placé ce but sous les yeux du pays. Il nous a donné une règle de réforme claire. Les légistes anglais du siècle passé étaient probablement trop éclairés pour croire à ce lieu commun paradoxal : que « le droit anglais était la perfection de la raison humaine, » mais ils agissaient comme s'ils l'avaient cru, faute d'un autre principe d'action. Bentham a assigné le bien public comme fin de la législation, et a ouvert ainsi un passage à l'esprit de réforme qui le cherchait depuis longtemps.

Si nous appelions « ancien Benthamisme » l'ensemble des propositions que nous venons d'énumérer, notre comparaison ne serait pas toute de fantaisie. La théorie romaine dirigeait les efforts des hommes du même côté que la théorie formée par le publiciste anglais ; les résultats pratiques ne furent pas très-différents de ceux qui auraient été obtenus par une secte de réformateurs du droit qui auraient cherché constamment le bien général de la communauté. Ce serait une erreur toutefois

de supposer que la théorie du droit naturel était une anticipation consciente de celle de Bentham. Le bonheur du genre humain est sans doute indiqué, dans la littérature courante et dans la littérature juridique des Romains, comme le but des réformes législatives ; mais il est très-remarquable que les témoignages en faveur de ce principe sont faibles et en petit nombre, lorsqu'on les compare à ceux qui invoquent constamment la suprématie du droit de la nature. Ce n'étaient pas les sentiments de philanthropie qui animaient les jurisconsultes romains, c'était leur goût pour la simplicité et l'harmonie, ou, comme ils disaient, pour l'élégance. Si leurs travaux ont coïncidé avec ce qu'aurait conseillé une philosophie plus précise, ç'a eté une des bonnes fortunes du genre humain.

Si maintenant nous considérons l'histoire moderne du droit naturel, il est facile de nous convaincre de l'étendue de son influence, mais non de dire avec assurance si cette influence a été bonne ou mauvaise. Les doctrines et les institutions qu'on peut lui attribuer sont la matière de quelques-unes des controverses les plus violentes que l'on discute de notre temps, comme on peut le voir en se rappelant que le droit naturel est la source de presque toutes les idées spéciales sur le droit, la politique et la société que la France a répandues sur le monde occidental pendant les cent dernières années. Le rôle des jurisconsultes dans l'histoire de France et la sphère des conceptions juridiques dans la pensée des Français ont toujours

été très-étendus. Cependant ce n'est pas en France, mais en Italie, que la science juridique de l'Europe moderne a pris naissance; mais de toutes les écoles fondées par les émissaires des universités italiennes dans toutes les parties du continent, — et qu'ils essayèrent vainement d'établir dans notre île, — celles de France produisirent l'effet le plus considérable sur le sort du pays. Les légistes de France s'allièrent étroitement aux rois de la maison de Capet, et leurs sentences en faveur de la prérogative royale, leurs interprétations des règles de succession des fiefs, ont contribué autant que l'épée à former d'une agglomération de provinces la monarchie française. Nous ne pouvons apprécier les avantages énormes que l'alliance des légistes procura aux rois de France dans leur lutte contre les grands feudataires, l'aristocratie et l'Église, si nous ne tenons compte des idées qui ont prévalu dans l'Europe du moyen âge. En premier lieu, il existait un goût prononcé pour la généralisation et une admiration curieuse pour toutes les propositions générales; par conséquent, dans le droit, on éprouvait un respect involontaire pour toute formule générale qui semblait embrasser et résumer les règles diverses qui étaient observées comme coutumes dans les diverses localités. Il n'était pas difficile à des praticiens familiers avec le *Corpus juris* et les gloses de fournir des formules de ce genre en très-grand nombre. Toutefois il y avait une autre cause qui ajoutait considérablement au pouvoir des légistes. A l'époque dont nous parlons, il y avait

beaucoup de vague dans les idées relatives à la nature et à l'autorité des textes de droit écrit. Presque toujours il suffisait de commencer par dire *ità scriptum est*, pour faire taire toutes les objections. Un homme de notre temps examinerait avec défiance la formule qu'on lui citerait, il en chercherait la source et soutiendrait, s'il était nécessaire, que le corps de droit auquel elle appartient n'a aucune autorité pour être mis à la place des coutumes locales ; l'ancien jurisconsulte osait tout au plus mettre en doute que la règle fût applicable ou finir par citer quelque proposition contraire tirée des Pandectes et du droit canonique. Il est très-nécessaire de se rappeler l'incertitude qui régnait dans l'esprit des hommes sur ce côté très-important des controverses juridiques, non-seulement parce qu'il nous aide à comprendre tout le poids que les légistes jetèrent dans la balance en faveur des rois de France, mais parce qu'elle explique plusieurs problèmes historiques curieux. On comprend mieux par là les motifs qui firent agir l'auteur des fausses Décrétales et le succès extraordinaire qu'il obtint. Pour citer un phénomène de moindre intérêt, nous comprenons mieux aussi les plagiats de Bracton. Qu'un écrivain anglais du temps de Henri III ait pu présenter à ses compatriotes comme un abrégé de droit anglais pur un traité dont la forme et le tiers du contenu étaient directement pris dans le *Corpus juris* et qu'il ait fait cette tentative dans un pays où l'étude du droit romain était formellement défendue, voilà ce qui sera toujours

une énigme dans l'histoire de la jurisprudence ; toutefois notre surprise diminue lorsque nous comprenons l'état de l'opinion du temps sur la force obligatoire des textes écrits, indépendamment de toute considération sur leur origine.

Lorsque les rois de France eurent terminé heureusement la longue lutte qu'ils avaient soutenue pour la suprématie, — époque qui peut être placée en gros lors de l'arrivée au trône de la branche de Valois-Angoulême, — la situation des légistes français fut toute particulière et resta telle jusqu'à la Révolution. D'une part, ils étaient la classe la plus instruite et presque la plus puissante de la nation. Ils étaient parvenus à s'établir comme ordre privilégié à côté de l'aristocratie féodale, et ils avaient assuré leur influence par une organisation qui les partageait en grandes compagnies investies d'immenses pouvoirs définis et de prétentions indéfinies plus grandes encore. Comme avocats, comme juges, comme législateurs, ils étaient très-supérieurs à leurs confrères des autres pays de l'Europe. Leur tact juridique, leur facilité à s'exprimer, leur sens exquis de l'analogie et de l'harmonie, et, — si l'on en peut juger par les plus éminents, — leur dévouement passionné pour la justice telle qu'ils la comprenaient, étaient aussi remarquables que la variété singulière de leurs talents, variété qui occupait le champ entier du droit depuis Cujas jusqu'à Montesquieu et depuis Dumoulin jusqu'à d'Aguesseau. Mais, d'un autre côté, le système de droit qu'ils étaient char-

gés d'appliquer contrastait avec les habitudes cultivées de leur esprit. La France, qui avait été constituée en grande partie par leurs efforts, était affligée d'un système de droit incohérent et pire que celui d'aucun pays de l'Europe. Elle se partageait en *pays de droit écrit* et en *pays de droit coutumier*, les premiers reconnaissant le droit romain écrit comme base de leur jurisprudence, les seconds ne l'admettant que pour y puiser des formules générales et des raisonnements juridiques conciliables avec les usages locaux. Ces deux grandes divisions étaient aussi subdivisées. Dans les pays de droit coutumier, les coutumes variaient d'une province à l'autre, d'un district à l'autre, d'une commune à l'autre. Dans les pays de droit écrit, la couche de règles féodales déposée sur le droit romain était de la composition la plus mêlée. Rien de pareil n'a jamais existé en Angleterre. Cette confusion se rencontrait en Allemagne, mais elle était trop en harmonie avec les divisions politiques et religieuses du pays pour qu'on s'en plaignît ou même qu'on la sentît. Ce qui était particulier à la France, c'était une diversité de lois extraordinaire, continuée sans altération sensible pendant que le pouvoir central de la monarchie s'était constamment renforcé, pendant qu'on marchait rapidement vers une complète unité administrative, et qu'un esprit national ardent se développait dans le pays. Ce contraste produisit maints effets sérieux, entre lesquels nous devons placer celui qu'il eut sur l'esprit des légistes français. Leurs opinions

spéculatives et leurs tendances intellectuelles étaient en opposition formelle avec leurs intérêts et leurs habitudes professionnelles. Tout en sentant vivement et en reconnaissant les avantages de la simplicité et de l'uniformité dans la jurisprudence, ils croyaient ou semblaient croire que les vices du droit français étaient indestructibles, et dans la pratique ils résistaient à la réforme des abus avec une obstination plus grande que la plupart de leurs compatriotes moins éclairés. Mais il y a une manière de comprendre ces contradictions par leur enthousiasme pour le droit naturel. Le droit naturel franchissait les frontières provinciales et municipales, il dédaignait les distinctions de noble et de bourgeois, de bourgeois et de paysan ; il était systématique, simple, clair, mais il n'obligeait ses croyants à aucune réforme déterminée, et ne menaçait directement aucun office vénérable ou lucratif. On peut dire que le droit naturel était devenu le droit commun de la France, ou tout au moins que tous les praticiens français reconnaissaient sa dignité et son autorité. Les jurisconsultes d'avant la Révolution le louent sans mesure, et il est remarquable que les commentateurs des coutumes, qui se croient souvent obligés de décrier le droit romain pur, parlent avec plus d'enthousiasme de la nature et de ses lois que les romanistes qui professaient un respect exclusif pour le Digeste et pour le Code. Dumoulin, l'auteur le plus éminent qui ait écrit sur l'ancien droit coutumier de France, a écrit quelques passages ex-

travagants sur le droit naturel, qu'il vante avec une rhétorique bien éloignée du langage prudent des jurisconsultes romains. L'hypothèse d'un droit naturel était devenue, non plus une théorie destinée à guider les praticiens, mais un article de foi spéculative, et par suite nous verrons que, dans ses transformations plus récentes, ses côtés faibles se sont élevés au niveau de ses côtés forts dans l'estime de ses partisans.

Le milieu du XVIII[e] siècle fut la période la plus critique de l'histoire du droit naturel. Si la discussion de cette théorie et de ses conséquences n'était pas sortie du cercle des jurisconsultes, on aurait vu peut-être diminuer le respect qu'on lui aurait porté, car c'est à cette époque que parut l'*Esprit des lois*. Bien que quelques exagérations attestent la violence avec laquelle l'auteur avait réagi contre des assertions acceptées ordinairement sans examen, bien qu'il montrât par quelques ambiguïtés de langage le désir de ne pas trop choquer les préjugés existants, le livre de Montesquieu, avec tous ses défauts, procédait de cette méthode historique qui n'a jamais accepté un seul instant la théorie du droit naturel. Son influence sur les idées de l'époque aurait dû être aussi grande que sa popularité; mais cette influence n'eut pas le temps de se développer, parce que l'hypothèse qu'il semblait destiné à détruire passa tout à coup du palais dans la rue, et devint le point d'appui de controverses plus animées que celles qu'on agita jamais dans les tribunaux et les écoles. Celui qui lança

cette théorie dans sa nouvelle carrière fut l'homme remarquable qui, sans instruction, sans caractère et avec peu de vertus, a pourtant laissé dans l'histoire une trace ineffaçable, grâce à une imagination vive, à un amour sincère de l'humanité, pour lequel il faudra toujours beaucoup lui pardonner. Nous n'avons pas vu de notre temps, et le monde n'a vu qu'une ou deux fois dans tout le cours des temps historiques, des travaux littéraires exercer une aussi prodigieuse influence sur l'esprit des hommes de tout caractère et de toute nuance intellectuelle que ceux que publia Rousseau de 1749 à 1762. Ce fut la première tentative faite pour reconstruire l'édifice de la croyance humaine, après les travaux de démolition commencés par Bayle et par Locke, achevés par Voltaire; et outre la supériorité que toute tentative de construction a toujours sur les œuvres purement destructives, les travaux de Rousseau eurent l'immense avantage de paraître dans un temps où tout le monde, ou à peu près, doutait de l'exactitude de la science du passé en matière spéculative. Dans toutes les spéculations de Rousseau, le personnage central, soit qu'il signe le contrat social d'après la théorie anglaise, soit qu'il paraisse nu et dépouillé de toutes ses qualités historiques, est constamment l'homme dans l'état supposé de nature. Toute loi, toute institution qui ne convient pas à cet être imaginaire et dans ces conditions idéales, doit être condamnée comme une déchéance de la perfection originelle; toute transfor-

mation qui pourra faire ressembler davantage la société au monde sur lequel régnait l'enfant de la nature, est admirable et doit être réalisée coûte que coûte. C'est bien encore la théorie des jurisconsultes romains, car dans la fantasmagorie qui peuple l'état de nature, l'esprit ne retient aucun caractère autre que la simplicité et l'harmonie qui avaient tant de charmes pour les jurisconsultes; mais maintenant la théorie est pour ainsi dire tournée sens dessus dessous. Ce n'est plus la loi naturelle, c'est l'état de nature qui est devenu l'objet principal de la contemplation. Les Romains comprenaient qu'en étudiant avec soin les institutions existantes, on pouvait y trouver quelques parties qui portaient ou pouvaient porter, après quelques réformes, la marque de ce régime de la nature dont ils affirmaient timidement l'existence. Rousseau croyait qu'on pouvait tirer un ordre social parfait de l'étude de l'état de nature, et que cet ordre n'avait rien de commun avec la condition actuelle du monde ou rien qui lui ressemblât. La grande différence qui existe entre les deux points de vue est que l'un condamne amèrement et complétement le présent, parce qu'il ne ressemble pas à un passé idéal; tandis que l'autre, considérant le présent comme aussi nécessaire que le passé, n'affecte pas de le dédaigner ou de le censurer. Il n'est pas la peine d'analyser avec détail cette philosophie de la politique, de l'art, de l'éducation, de la morale et des rapports sociaux, élevée sur la base de l'état de nature. Elle possède encore une fas-

cination singulière pour ceux qui pensent légèrement en tout pays, et son influence plus ou moins directe a enfanté presque tous les préjugés qui résistent à l'emploi de la méthode historique ; mais son discrédit auprès des esprits les plus élevés de notre temps est assez profond pour étonner ceux qui connaissent la vitalité extrordinaire des erreurs spéculatives. Peut-être la question que l'on se pose le plus fréquemment aujourd'hui n'est pas de savoir quelle est la valeur de ces opinions, mais quelles causes leur ont donné une prééminence si marquée il y a cent ans. Je crois que la réponse est fort simple. L'étude qui, au siècle dernier, aurait pu le mieux corriger les erreurs auxquelles on est exposé à tomber par l'étude exclusive des antiquités juridiques, est celle de la religion. Mais la religion des Grecs, telle qu'on la comprenait alors, disparaissait dans des mythes d'imagination. Les religions orientales, à peine mentionnées, semblaient se perdre dans de vaines cosmogonies. Un seul corps de traditions primitives valait la peine d'être étudié, c'était l'histoire ancienne des Juifs ; mais les préjugés de l'époque empêchaient cette étude. Un des rares caractères qui soit commun à l'école de Rousseau et à l'école de Voltaire, est le mépris absolu de toutes les antiquités religieuses, et surtout des antiquités hébraïques. C'était un point d'honneur bien connu des raisonneurs de cette époque, non-seulement de ne reconnaître aucune inspiration divine dans les institutions qui portent le nom de Moïse, de ne pas se contenter de

dire qu'elles avaient été codifiées à une époque plus récente que celle à laquelle on les fait remonter, mais que ces institutions et le Pentateuque tout entier étaient une falsification exécutée après le retour de la captivité. En s'efforçant d'échapper à ce qu'ils considéraient comme la superstition des prêtres, les philosophes français, privés d'un grand préservatif contre les illusions spéculatives, se jetèrent en plein dans la superstition des légistes.

Si la philosophie fondée sur l'hypothèse de l'état de nature est tombée dans le discrédit devant l'opinion dans ses formes les plus palpables et les plus grossières, elle n'a pas perdu pour cela, dans ses déguisements plus subtils, sa plausibilité, sa popularité et sa puissance. Je crois, comme je l'ai dit, qu'elle est encore le grand antagoniste de la méthode historique ; et chaque fois, — toute objection religieuse à part, — qu'on voit une personne résister à cette méthode ou la dédaigner, on trouve que c'est sous l'influence de préjugés qui se rattachent à la croyance, consciente ou inconsciente, qu'il existe un état naturel et non historique de la société ou des individus. Toutefois c'est principalement en s'alliant aux tendances politiques et sociales que les doctrines de l'état de nature et du droit naturel ont conservé leur énergie. Ces doctrines ont stimulé quelques-unes de ces tendances, en ont créé d'autres, et ont donné au plus grand nombre une expression et une forme : elles entrent visiblement pour une grande part dans les idées que la France répand

constamment sur le monde civilisé, et deviennent ainsi une partie du corps de pensées qui modifient la civilisation. La valeur de l'influence que ces doctrines exercent sur les destinées du genre humain est un des points les plus contestés dans notre siècle, et il n'entre pas dans le sujet de ce livre de la discuter. Toutefois, si nous remontons à l'époque pendant laquelle la théorie de l'état de nature obtint son maximum d'influence politique, il est évident qu'elle contribua puissamment à causer les grands désappointements qui furent si nombreux dans la première révolution française. Elle fit naître ou stimula les mauvaises habitudes intellectuelles, presque universelles à cette époque, le dédain de la loi positive, l'impatience de l'expérience et la préférence pour les raisonnements *à priori*. Lorsque cette philosophie s'empare d'esprits qui ont peu pensé et peu observé, elle tend à devenir positivement anarchique. On est étonné de rencontrer dans les *Sophismes anarchiques*, publiés par Dumont pour Bentham, livre dans lequel celui-ci a exposé les erreurs positivement françaises, un si grand nombre de sophismes nés de l'hypothèse romaine sous sa forme française, et qui sont inintelligibles si on ne les y rapporte pas. Ce serait aussi un exercice curieux et instructif à cet égard de consulter le *Moniteur* pendant les principales périodes de la Révolution. Plus les temps devenaient difficiles, plus on invoquait la loi naturelle et l'état de nature.

Un exemple montrera clairement les effets de la théorie du droit naturel sur la société moderne et fera voir qu'ils

sont loin d'être épuisés. On ne peut pas contester, je suppose, que la doctrine de l'égalité fondamentale des êtres humains vienne de l'hypothèse du droit naturel. La proposition que « tous les hommes sont égaux » est une de celles qui, après avoir été juridiques, sont devenues politiques. Les jurisconsultes romains du temps des Antonins disaient : *Omnes homines naturâ æquales sunt*, mais à leurs yeux cet axiome était strictement juridique; il voulait dire que, dans le droit naturel hypothétique et autant que la loi positive peut s'en approcher, les distinctions arbitraires que le droit civil romain établissait entre les diverses classes de personnes, cessaient d'avoir une existence légale. Cette règle avait une importance considérable pour le praticien romain, auquel il fallait rappeler que partout où la jurisprudence romaine était censée conforme au droit naturel, il n'y avait pas de différence devant les tribunaux romains entre citoyen et étranger, homme libre et esclave, agnat et cognat. Les jurisconsultes qui s'exprimaient ainsi ne prétendaient pas certainement censurer les arrangements sociaux dans lesquels le droit civil n'atteignait pas toujours son type spéculatif, et il ne semble pas qu'ils aient cru que la société humaine dût jamais être réglée selon l'ordre de la nature. Mais lorsque la doctrine de l'égalité des hommes paraît dans sa forme moderne, les mêmes mots ont pris évidemment un autre sens. Là ou le jurisconsulte romain avait écrit *æquales sunt*, disant exactement ce qu'il voulait dire, le romaniste moderne écrivait :

« tous les hommes sont égaux, » et voulait dire : « tous les hommes devraient être égaux. » On a perdu de vue ou cessé de comprendre l'idée toute romaine que le droit naturel coexistait avec le droit civil et absorbait graduellement ce dernier, et les mots qui indiquaient tout au plus une théorie sur l'origine, la composition et le développement des institutions humaines, commencèrent à exprimer un grief considérable et encore existant de l'humanité. Dès le commencement du quatorzième siècle, le langage courant sur l'état primitif des hommes, quoiqu'il cherche visiblement à reproduire celui d'Ulpien et de ses contemporains, a pris une forme et un sens très-différents. Le préambule de la célèbre ordonnance du roi Louis le Hutin affranchissant les serfs des domaines royaux, aurait semblé bien étrange à un Romain. « Comme, selon le droit de nature, chacun doit naistre franc, et par aucuns usaiges ou coustumes, qui de grant ancienneté ont été introduites et gardées jusques-cy en nostre royaume, et paravanture pour le meffet de leurs prédécesseurs, moult de personnes de nostre commun pueple soient enchiies en lien de servitude et de diverses conditions, qui moult nous desplaît, Nous, etc. » Ce n'est plus ici l'énonciation d'une règle de droit, c'est la proclamation d'un dogme politique ; et depuis cette époque, les légistes français ont parlé de l'égalité des hommes comme si c'était une vérité politique conservée dans les archives de leur science. Comme toutes les autres déductions tirées de l'hypothèse d'un droit naturel, et comme

la croyance à la loi de la nature elle-même, on la laissa passer sans y prendre garde et on toléra sa petite influence sur l'opinion et la pratique, jusqu'à ce qu'elle passa des mains des légistes dans celles des hommes de lettres du dix-huitième siècle et du public qui était à leurs pieds. L'égalité des hommes devint un article formel de leur foi, dont elle fut même regardée comme le résumé. Il est probable toutefois que l'influence de ce dogme sur les événements de 1789 ne tenait pas seulement à sa popularité en France, car au milieu du siècle il avait passé en Amérique. Les légistes américains de cette époque, particulièrement ceux de Virginie, semblent avoir possédé une science qui différait de celle de leurs contemporains anglais principalement en ceci, qu'elle contenait beaucoup d'articles tirés de la littérature juridique de l'Europe continentale. Un coup d'œil jeté sur les écrits de Jefferson suffit pour montrer combien son esprit était affecté par les opinions demi-juridiques et demi-populaires qui étaient à la mode en France, et ce fut sans aucun doute sa sympathie pour les idées particulières aux légistes français qui le détermina, ainsi que les juristes coloniaux qui dirigèrent les événements en Amérique, à joindre la proposition toute française que « les hommes naissent égaux » à celle-ci, plus familière aux Anglais, que « tous les hommes naissent libres [1], » dans les premières lignes de leur déclaration

[1] Les deux formules se valent, car les hommes ne naissent pas plus libres qu'ils ne naissent égaux. C.-S.

d'indépendance. Ce passage est d'une grande importance dans l'histoire de la doctrine que nous examinons. En affirmant ainsi solennellement l'égalité fondamentale des hommes, les légistes américains donnèrent une impulsion au mouvement politique dans leur pays, et à un moindre degré dans la Grande-Bretagne, qui est loin d'être épuisé; mais en outre ils renvoyèrent à la France, son pays d'origine, le dogme qu'ils avaient adopté, doué désormais d'une énergie plus grande et de titres plus puissants au respect et à l'autorité. Les politiques prudents de la première assemblée constituante répétèrent eux-mêmes la proposition d'Ulpien, comme si elle était pour les hommes une vérité d'intuition; et de tous les *principes de* 1789 il n'en est aucun qui ait été moins attaqué, qui ait plus complétement divisé l'opinion moderne, et qui promette de modifier plus profondément la constitution des sociétes et la politique des États.

Le plus grand service de la théorie du droit naturel a été rendu lorsqu'elle a donné naissance au droit international et au droit de la guerre moderne. Nous n'avons à donner à cette partie de ses effets que quelques considérations peu proportionnées à leur importance.

Entre les postulats qui forment la base du droit international, ou du moins de la partie de ce droit qui conserve la forme que lui donnèrent ses architectes primitifs, il en est deux ou trois d'une importance supérieure. Le premier de tous est la proposition qu'il existe un droit naturel définissable. Grotius et ses successeurs

empruntèrent cette proposition aux Romains, mais ils différaient beaucoup des Romains, et entre eux-mêmes, dans la manière de définir ce droit. L'ambition de presque tous les publicistes qui ont fleuri depuis la renaissance des lettres, a été de fournir des définitions nouvelles et plus commodes de la nature et du droit naturel, et il est certain que cette conception, en passant par la longue série de ceux qui ont écrit sur le droit public, s'est grandement augmentée par l'addition de fragments d'idées tirées de presque toutes les théories morales qui ont tour à tour dominé dans les écoles. Cependant c'est une remarquable preuve du caractère essentiellement historique de cette idée qu'après tous les efforts faits pour tirer des caractères de l'état de nature le code du droit naturel, il n'y ait de juste dans les résultats que ce qui l'aurait été si les hommes s'étaient contentés d'adopter les termes des légistes romains sans les discuter ni les retoucher. Si l'on excepte le droit conventionnel ou résultant des traités des nations, on est étonné de trouver la plus grande part du droit international formée de droit romain pur. Chaque fois que les jurisconsultes ont affirmé qu'une doctrine était en harmonie avec le *jus gentium*, les publicistes modernes ont trouvé un motif pour l'adopter, lors même qu'elle portait distinctement la marque de son origine romaine. Nous pouvons observer aussi que les théories dérivées participent de la faiblesse de l'idée mère. Chez la majorité des publicistes, la manière de

penser est encore confuse (*mixed*). Lorsqu'on étudie ces écrivains, on a toujours de la peine à savoir s'ils discutent droit ou morale, si l'état des relations internationales qu'ils décrivent est réel ou idéal, s'ils exposent ce qui est ou ce qui, dans leur opinion, devrait être.

La proposition que le droit naturel oblige les États entre eux est la seconde par rang d'importance de celles qui servent de base au droit international. Une série de propositions dans lesquelles ce principe est énoncé ou admis, remontent jusqu'à l'enfance de la science juridique moderne, et semblent à première vue un résultat direct de l'enseignement romain. La condition civile de la société se distinguait de la condition naturelle en ceci, que dans la première il y a un législateur distinct, tandis que dans la seconde il n'y en a point ; il semble que dès qu'un certain nombre d'unités ne reconnaissent pas de souverain ni de supérieur politique commun, elles retombent sous l'empire de la loi naturelle. Les États sont des unités de ce genre ; l'hypothèse de leur indépendance exclut l'idée d'un législateur commun et emporte avec elle, par conséquent, d'après un certain ordre d'idées, la notion d'une soumission à l'ordre originel de la nature. On a l'alternative de considérer les États indépendants comme n'étant liés entre eux par aucun droit ; mais cet état d'absence de droit est précisément le vide que la nature des jurisconsultes abhorrait. Il y a des motifs raisonnables de penser que, si l'esprit d'un jurisconsulte romain s'arrêtait sur quelque état social où il n'y eût

pas de droit civil, il remplissait aussitôt le vide par les ordonnances de la nature. Il n'est jamais sûr toutefois de supposer que des conclusions, quelque directes et certaines qu'elles nous paraissent, aient été tirées à une époque de l'histoire. On n'a jamais cité un passage des textes de droit romain que nous possédons qui prouve, au moins dans mon opinion, que les jurisconsultes aient cru la loi naturelle obligatoire entre États indépendants, et nous ne pouvons nous empêcher de voir que pour les citoyens de l'empire romain qui regardaient les domaines de leur empereur comme aussi étendus que le monde civilisé, l'égale sujétion des États à la loi de nature ne peut avoir semblé tout au plus, si même ils y ont jamais pensé, que la conséquence extrême d'une idée spéculative curieuse. La vérité est que le droit international moderne, issu sans aucun doute du droit romain, en descend par une filiation irrégulière. Les premiers interprètes de la jurisprudence romaine, comprenant mal le sens des mots *jus gentium*, crurent sans hésitation que les Romains leur avaient laissé un système de règles pour les affaires internationales. Ce *droit des nations* fut au commencement une autorité qui rencontra de terribles compétiteurs, et la condition de l'Europe fut longtemps telle qu'il ne put être généralement admis. Peu à peu cependant le monde occidental prit une forme plus favorable à la théorie des romanistes; les circonstances discréditèrent les doctrines rivales; et enfin, dans un moment favorable, Ayala et Grotius pu-

rent obtenir pour elle l'assentiment enthousiaste de l'Europe, assentiment renouvelé bien des fois depuis dans toutes sortes d'engagements solennels. Les grands hommes auxquels est dû le triomphe de cette théorie essayèrent, je n'ai pas besoin de le dire, de lui donner une nouvelle base, ce qu'ils ne purent faire sans en altérer beaucoup la forme, quoique dans une mesure moindre qu'on le dit ordinairement. Supposant, d'après les jurisconsultes du temps des Antonins, que le *jus gentium* et le *jus naturæ* étaient une même chose, Grotius, comme ses prédécesseurs et ses successeurs immédiats, attribua à la loi naturelle une autorité qu'on n'aurait jamais réclamée pour elle si les mots *droit des nations* n'avaient été à cette époque une expression ambiguë. Ils posèrent en principe que le droit naturel est le code des États, et introduisirent ainsi un procédé qui a continué presque jusqu'à nos jours, et qui consiste à greffer sur le droit international les règles qu'on est censé tirer de la contemplation du droit naturel. On en a tiré une conséquence très-importante pour l'humanité qui, quoique non inconnue aux premiers temps de l'histoire moderne de l'Europe, n'a jamais été reconnue clairement et généralement avant le triomphe des doctrines de l'école de Grotius. Si la société des nations est gouvernée par le droit naturel, les atomes qui la composent doivent être absolument égaux. Sous le sceptre de la nature, les hommes sont tous égaux et, par conséquent, les États aussi sont égaux dans l'état de nature. La proposition

que les communautés indépendantes, quelque différence qu'il y eût entre leurs dimensions et leur puissance, sont toutes égales au point de vue du droit des nations, a contribué grandement au bonheur de l'humanité, quoiqu'elle soit toujours menacée par les tendances politiques des siècles qui se succèdent. C'est une doctrine qui n'aurait probablement jamais pu s'établir, si les publicistes qui écrivirent après la renaissance des lettres n'avaient tiré tout le droit international de l'autorité majestueuse de la nature.

A tout prendre cependant on peut s'étonner, comme je l'ai déjà dit, du peu d'importance des additions faites au droit international depuis l'époque de Grotius, en comparaison de ce qui avait été pris à la plus ancienne couche du *jus gentium* romain. L'acquisition de territoire a toujours été le grand objet de l'ambition nationale, et les règles qui gouvernent cette acquisition, comme celles qui modèrent la guerre qui en résulte trop souvent, sont tout simplement transcrites de la partie du droit romain qui traite des moyens d'acquérir la propriété *jure gentium*. Ces manières d'acquérir ont été obtenues par les anciens jurisconsultes, comme j'ai essayé de l'expliquer, en prenant ce qu'il y avait de commun dans les usages des anciennes tribus qui entouraient Rome ; et ces modes d'acquérir ayant été classés, en raison de leur origine, dans le « droit commun à toutes les nations, » les jurisconsultes modernes crurent qu'ils se trouvaient conformes, par leur simplicité, à la conception plus récente du

droit naturel. C'est ainsi que ces modes d'acquérir sont entrés dans le droit des gens moderne, et il en résulte que les parties du droit international qui se rapportent au *dominium*, à sa nature, à ses limites, aux manières de l'acquérir et de le conserver, sont du droit romain pur, — c'est-à-dire du droit de propriété romain tel que les jurisconsultes de l'époque antonine considéraient comme convenable dans l'état de nature. Pour que ces chapitres du droit international puissent être appliqués, il faut que les souverains aient entre eux les mêmes relations que les propriétaires romains. C'est là un autre des postulats que l'on trouve au seuil du code international, et il n'aurait pu être admis pendant les premiers siècles de l'histoire de l'Europe moderne. Il peut être énoncé dans la double proposition que « la souveraineté est territoriale, » c'est-à-dire qu'elle est toujours jointe à la propriété d'une portion limitée de la surface terrestre, et que « les souverains entre eux sont considérés comme ayant la propriété *absolue*, et non pas seulement le domaine *éminent* du territoire de l'État. »

Plusieurs de ceux qui ont écrit de notre temps sur le droit international supposent que les doctrines qui en constituent le système, fondées sur les principes de l'équité et du sens commun, peuvent être soutenues par le raisonnement dans tous les états de la civilisation moderne. Mais cette supposition, qui voile quelques défauts reels de la théorie internationale, est insoutenable pour une grande partie de l'histoire moderne. Il n'est pas vrai

que l'autorité du *jus gentium* appliqué aux affaires des nations n'ait jamais été niée ; au contraire, elle a dû lutter longtemps contre plusieurs systèmes rivaux. Il n'est pas vrai non plus que le caractère territorial de la souveraineté ait toujours été reconnu, car, longtemps après la dissolution de l'empire romain, l'esprit des hommes était dominé par des idées incompatibles avec cette conception. Il fallait que l'ancien ordre de choses et les idées qui s'y rattachaient eussent perdu de leur force, qu'une nouvelle Europe et de nouvelles idées appropriées à son état eussent pris naissance, pour que les deux principaux postulats du droit international fussent généralement admis.

Il convient de remarquer que, pendant une grande partie de ce que nous appelons habituellement l'histoire moderne, on n'avait aucune idée semblable à celle de *souveraineté territoriale*. L'idée de souveraineté n'était pas encore associée à celle de la propriété d'une portion de terre. Le monde était resté pendant tant de siècles sous l'ombre de la Rome impériale, qu'il avait oublié la distinction des vastes espaces compris dans l'empire, ayant appartenu autrefois à des États indépendants, libres d'intervention étrangère et prétendant à l'égalité des droits nationaux. Lorsque les irruptions des barbares s'arrêtèrent, la notion de souveraineté qui prévalut semble avoir été double. D'un côté elle prenait la forme de ce que l'on peut appeler « souveraineté de la tribu. » Les Francs, les Bourguignons, les Vandales, les

Lombards, les Wisigoths, étaient maîtres des territoires qu'ils occupaient et auxquels quelques-uns ont laissé leur nom; mais ils ne fondaient pas leurs droits sur le fait de la possession territoriale et n'y attachaient pas d'importance. Ils semblent avoir conservé les traditions qu'ils avaient apportées de la forêt ou de la steppe et s'être considérés comme une société patriarcale, comme une horde nomade campée pour quelque temps sur le sol d'où elle tirait sa subsistance. Une partie de la Gaule transalpine et une partie de l'Allemagne avait été occupée par les Francs, ce fut la France; mais la race des chefs mérovingiens, les descendants de Clovis, n'étaient pas rois de France, ils étaient rois des Francs. Les titres territoriaux n'étaient pas inconnus, mais ils semblent avoir été employés d'abord comme un moyen commode de désigner le chef d'une partie des possessions de la tribu; le roi de toute la tribu était roi de son peuple et non de la terre de son peuple. L'alternative qui résultait de cette notion de la souveraineté semble avoir été, et c'est là le point important, l'idée de la domination universelle. Lorsqu'un monarque sortait des relations habituelles de chef de clan à ses subordonnés, et désirait, pour un motif quelconque, prendre une nouvelle forme de souveraineté, le modèle qui se présentait à son esprit était le pouvoir des empereurs romains. Pour parodier un dicton commun, il devenait *aut Cæsar aut nullus*. Ou il prétendait à toutes les prérogatives de l'empereur de Constantinople, ou il n'avait point d'état

politique. Dans notre siècle, lorsqu'une nouvelle dynastie désire effacer l'ancien titre d'une race de souverains déposés, elle prend son nom du peuple, au lieu de le prendre du territoire. C'est ainsi que nous avons eu des empereurs et des rois des Français et un roi des Belges. A l'époque dont nous venons de parler, l'alternative en de pareilles circonstances était autre. Le chef qui ne voulait plus s'appeler roi de la tribu s'appelait empereur du monde. Ainsi, quand les maires du palais héréditaires cessèrent de ménager les rois qu'ils avaient virtuellement détrônés, ils ne voulurent pas s'appeler « rois des Francs », titre des Mérovingiens ; mais ils ne pouvaient pas s'appeler rois de France, parce que cette désignation, quoiqu'elle ne fût pas inconnue, n'était pas un titre de dignité. En conséquence, ils se présentèrent comme aspirant à l'empire universel. Les motifs qui les firent agir ainsi ont été très-mal compris. Les écrivains français de notre temps ont tenu pour démontré que Charlemagne était bien en avant de son siècle, autant par le caractère de ses desseins que par l'énergie avec laquelle il les poursuivit. Qu'il soit vrai ou non qu'un homme puisse être dans aucun temps en avant de son siècle, il est certain que Charlemagne, en prétendant à l'empire universel, prit formellement la seule voie que les idées de son siècle lui permissent de suivre. Sa grandeur intellectuelle ne peut être mise en doute, mais elle est prouvée par ses actes, non par sa théorie.

Ce point de vue singulier ne changea pas lorsque

l'héritage de Charlemagne se partagea entre ses trois petits-fils. Charles le Chauve, Louis et Lothaire étaient encore théoriquement, si l'on peut ainsi parler, empereurs de Rome; comme les Césars des empires d'Orient et d'Occident avaient été de droit empereurs du monde entier, et empereurs de fait de la moitié, de même les trois Carlovingiens semblent avoir considéré leur pouvoir comme limité, mais leur titre comme suprême. La même souveraineté universelle, toute spéculative, continua à être associée à l'idée du trône impérial après le second partage qui eut lieu à la mort de Charles le Gros, et n'en fut pas complétement séparée tant que dura l'empire d'Allemagne. L'idée de souveraineté territoriale, qui associe la souveraineté avec la possession d'une partie déterminée de la surface de la terre, est un rejeton tardif de la féodalité. On aurait pu s'y attendre *à priori*, car ce fut la féodalité qui, pour la première fois, lia les devoirs personnels et, par conséquent, les droits personnels, à la propriété de la terre. Quelle que soit la vérité sur l'origine et la nature légale de la féodalité, la meilleure manière de nous représenter son organisation est de commencer par sa base : de considérer les rapports du vassal à la portion de terre qui donnait lieu à ses services et les limitait, puis de s'élever, en suivant les cercles toujours plus étroits de l'inféodation supérieure, jusqu'à ce qu'on arrive au sommet du système. Il n'est pas facile de dire exactement où était ce sommet, vers la fin des siècles obscurs. Probablement, partout où

l'idée de la souveraineté de la tribu se trouvait en décadence, on assignait la première place aux successeurs supposés des empereurs d'Occident. Mais, après quelque temps, lorsque la sphère de l'autorité impériale se fut immensément rétrécie, lorsque les empereurs eurent concentré les faibles restes de leur puissance en Allemagne et dans la haute Italie, les grands feudataires du reste de l'empire carlovingien se trouvèrent en réalité sans chef suprême. Peu à peu ils s'habituèrent à leur nouvelle situation et, n'obéissant plus à personne, ils oublièrent à la fin la théorie de la dépendance; mais plusieurs symptômes montrent que ce changement ne s'accomplit pas sans efforts : et, en réalité, c'est à l'idée que la nature des choses exige qu'il existe quelque part une domination souveraine, que nous devons attribuer la tendance croissante à reconnaître une supériorité politique au siége de Rome. La fin de cette révolution est marquée par l'avénement de la dynastie capétienne en France. Avant cet avénement, plusieurs possesseurs des grands fiefs séparés de l'empire carlovingien avaient commencé à substituer le titre de roi à celui de duc et de comte ; mais ce changement important s'accomplit lorsque le seigneur féodal des environs de Paris, réunissant par hasard en sa personne un certain nombre de suverainetés, commença à s'appeler roi de France, en même temps qu'il usurpait le titre de roi des Français qu'avaient porté les rois de la première dynastie. Hugues Capet et ses descendants furent rois

dans un sens tout nouveau ; ils eurent avec le sol de la France les mêmes rapports que le baron avec son fief et le vassal avec le sien. La forme de la monarchie en France accéléra les changements qui partout avaient lieu dans le même sens. L'autorité de nos rois anglo-saxons tenait le milieu entre celle de chef de tribu et celle de souverain territorial; mais celle des rois normands, imitée de celle des rois de France, fut positivement territoriale. Toute souveraineté établie ou consolidée par la suite prit le nouveau modèle. En Espagne, à Naples, dans les principautés fondées sur les ruines des libertés municipales en Italie, s'établirent des souverains territoriaux. Il y a peu de choses plus curieuses que la manière dont les Vénitiens passèrent par degré d'une théorie à l'autre. Au commencement de ses conquêtes au dehors, la république de Venise se considérait comme une autre république romaine, gouvernant un certain nombre de provinces. Après plus d'un siècle, elle veut être considérée comme un souverain territorial, et réclame les droits de suzerain féodal sur ses possessions d'Italie et de la mer Égée.

Dans la période pendant laquelle les idées populaires relatives à la souveraineté subirent ce changement remarquable, le système qui remplaçait ce que nous appelons aujourd'hui « droit international » eut une forme hétérogène et des principes contradictoires. Dans toute la partie de l'Europe qu'occupait l'empire romain allemand, les rapports des États confédérés furent réglés

par le mécanisme compliqué et pourtant incomplet de la constitution impériale; et, quelque étonnant que cela puisse nous sembler, les légistes allemands aimaient à soutenir que les relations des États, tant au dedans qu'au dehors de l'empire, devaient être réglées non par le *jus gentium*, mais par la jurisprudence romaine pure dont César était encore le centre. Cette doctrine ne fut pas repoussée avec autant de fermeté qu'on aurait pu le supposer par les pays voisins; mais dans le reste de l'Europe, les relations féodales remplaçaient en fait le droit public; et lorsqu'elles étaient obscures ou ambiguës, il existait, en théorie du moins, une autorité supérieure, qui était celle du chef de l'Église. Il est certain toutefois que les influences féodales et ecclésiastiques s'affaiblirent rapidement pendant le quinzième et même dès le quatorzième siècle; et si nous examinons de près les prétextes ordinaires de guerre et les motifs avoués d'alliance, nous verrons que peu à peu, à mesure que les anciens principes se détachaient, les idées qu'Ayala et Grotius mirent plus tard en ordre et en système firent des progrès considérables, quoique lentement et sans bruit. Il n'est pas possible de décider si la fusion de toutes les sources d'autorité aurait fini par produire un système de relations internationales, et si ce système aurait différé matériellement de celui de Grotius, parce qu'en fait la Réforme ne laissa subsister qu'un principe d'autorité. Commencée en Allemagne, la Réforme divisa les princes de l'em-

pire d'une manière trop profonde pour que la suprématie impériale pût leur donner une loi commune, lors même que l'empereur serait resté neutre. Mais il fut forcé de prendre parti pour l'Église contre les réformateurs, et le pape se trouva dans le même cas. Ainsi les deux autorités auxquelles il appartenait d'être médiatrices entre les combattants, se trouvèrent à la tête d'un des deux grands partis qui divisèrent les nations européennes. La féodalité, déjà affaiblie et discréditée comme principe de droit public, ne présentait aucun lien assez fort pour contre-balancer les alliances de religion. Dans cette situation, par conséquent, le droit public devenait un chaos, et il ne restait debout que les principes auxquels les jurisconsultes romains étaient censés avoir donné leur sanction. La forme, la symétrie et la grandeur que prirent ces principes dans les mains de Grotius, sont connus de tout homme éclairé; mais ce qu'il y eut d'étonnant dans le traité *De jure belli et pacis*, fut son succès rapide, complet et universel. Les horreurs de la guerre de Trente ans, la terreur et la pitié soulevées par la licence des soldats, contribuèrent sans aucun doute dans une mesure à ce succès, mais elles ne peuvent l'expliquer tout entier. Il n'est pas besoin de pénétrer beaucoup dans les idées de ce siècle pour comprendre que si le plan de droit international esquissé dans le grand ouvrage de Grotius, n'avait pas semblé parfait en théorie, il aurait été discrédité par les légistes et dédaigné par les hommes d'État et les militaires.

Il est évident que la perfection spéculative du système de Grotius est intimement liée à l'idée de souveraineté territoriale que nous venons de discuter. La théorie du droit international suppose que les États sont, relativement l'un à l'autre, dans l'état de nature; mais les unités qui composent une société naturelle doivent, par la supposition première, être isolées et indépendantes les unes des autres. Si un pouvoir plus élevé les lie, même faiblement et pour un temps, en exerçant sur eux une suprématie, la conception même d'un supérieur commun introduit l'idée d'un droit positif et exclut celle d'un droit naturel. Par conséquent, si l'on avait admis, même en théorie, la suzeraineté universelle de l'empereur, les travaux de Grotius auraient été inutiles. Ce n'est pas le seul point de jonction qui existe entre le droit public moderne et les idées de souveraineté dont j'ai essayé de décrire le développement. J'ai dit qu'il y avait des parties entières de jurisprudence internationale qui sont du droit de propriété romain. Qu'en faut-il conclure? Que s'il n'était pas survenu dans les idées de souveraineté un changement semblable à celui que j'ai mentionné;— si l'idée de souveraineté n'avait pas été associée avec celle de propriété d'une portion de terre, ou, en d'autres termes, n'était pas devenue territoriale, les trois quarts de la théorie de Grotius n'auraient pu être appliqués.

CHAPITRE V.

La société primitive et l'ancien droit.

On n'a jamais tout à fait perdu de vue, dans les temps modernes, la nécessité de traiter la jurisprudence comme une science, et des esprits d'une valeur très-diverse ont écrit des ouvrages sous l'impression de cette nécessité ; mais il n'y a pas trop de présomption, je crois, à dire qu'on a donné pour de la science une série de conjectures, et précisément les conjectures des légistes romains qui ont été étudiées dans les deux précédents chapitres. Une suite d'affirmations formelles, reconnaissant et adoptant les théories conjecturales d'un état de nature et d'un système de principes en harmonie avec cet état, a continué presque sans interruption depuis le jour des inventeurs jusqu'à notre temps. On trouve ces théories dans les écrits des glossateurs qui ont fondé la jurisprudence moderne, et dans les écrits des juristes scolastiques qui leur ont succédé. On les trouve dans les dogmes des canonistes. Elles se trouvent en évidence dans les écrits des romanistes très-savants qui fleurirent à la renaissance des lettres. Grotius et ses succes-

seurs les rendirent brillantes et plausibles, en même temps qu'ils leur donnèrent une grande importance pratique. On peut les lire dans les premiers chapitres de notre Blakstone, qui les avait copiées textuellement de Burlamaqui; et toutes les fois qu'on trouve une exposition des premiers principes de droit dans les manuels destinés aux étudiants et aux praticiens de nos jours, on répète encore l'hypothèse romaine. Toutefois, c'est par les déguisements que prennent quelquefois ces conjectures autant que par leur forme native que nous arrivons à comprendre avec quelle subtilité elles se mêlent dans la pensée des hommes. La théorie de Locke, qui fait naître le droit d'un contrat social, cache à peine son origine romaine, et en réalité elle n'a fait que rendre les anciennes idées plus attrayantes pour une génération donnée, en leur prêtant un vêtement nouveau; mais, d'un autre côté, la théorie de Hobbes sur la même matière avait justement pour objet de nier la réalité du droit naturel tel que l'avaient conçu les Romains et leurs disciples. Cependant ces deux théories, qui divisèrent longtemps les penseurs politiques de l'Angleterre en deux camps ennemis, se ressemblent complétement dans la proposition fondamentale d'un état non historique et invérifiable du genre humain. Leurs auteurs différaient sur les caractères de l'état antésocial, et sur la nature de l'action anomale par laquelle les hommes s'élevèrent jusqu'à l'organisation sociale, la seule que nous connaissions; mais ils étaient d'accord à penser

qu'un grand abîme séparait l'homme de l'état primitif de l'homme en société, et nous ne pouvons pas douter que, sciemment ou insciemment, ils aient emprunté cette idée des Romains. Si, en effet, les phénomènes du droit sont considérés au point de vue de ces théoriciens, c'est-à-dire comme un vaste ensemble, il n'est pas étonnant que l'esprit cherche à éluder la tâche qu'il s'est imposée, en se rejetant sur quelque conjecture ingénieuse qui, bien interprétée, semble concilier tout, ou qu'il désespère et abandonne l'entreprise de systématiser le droit.

Entre les théories du droit qui ont pour base spéculative la doctrine romaine, il en est deux très-célèbres qui doivent être exceptées. La première se rattache au grand nom de Montesquieu. Quoique l'on trouve au commencement de l'*Esprit des lois* quelques expressions ambiguës qui semblent montrer la répugnance de l'auteur à rompre ouvertement avec des idées jusqu'alors populaires, le courant général du livre tend à donner une idée très-différente de celles qui avaient régné auparavant. On a souvent remarqué qu'entre les exemples nombreux et variés que, dans son immense examen, il tire de systèmes supposés de jurisprudence, l'auteur cherche à mettre en évidence des mœurs et des institutions qui étonnent le lecteur civilisé par leur grossièreté, leur étrangeté ou leur indécence. Il fait entendre constamment que les lois naissent du climat, de la situation locale, d'un accident, d'une imposture; qu'elles résultent de toute espèce de causes, hors celles qui paraissent

avoir une action constante. En réalité, Montesquieu semble avoir considéré la nature humaine comme tout à fait plastique, reproduisant passivement les impressions et suivant les impulsions qu'elle reçoit du dehors. C'est là sans doute une erreur qui vicie son système en tant que système. Il n'apprécie pas à sa valeur la stabilité de la nature humaine. Il tient peu de compte ou néglige les qualités héréditaires de la race que chaque génération reçoit de celles qui l'ont précédée, et transmet avec peu d'altération à celles qui la suivent. Il est bien vrai qu'on ne peut rendre complétement compte des phénomènes sociaux, et des lois par conséquent, sans tenir compte des influences qui sont signalées dans l'*Esprit des lois* ; mais Montesquieu semble avoir exagéré leur nombre et leur force. Plusieurs des anomalies qu'il signale se sont trouvées depuis fondées sur des relations fausses ou dans lesquelles on avait mal compris les faits ; la plupart de celles qui sont réelles prouvent presque toutes la permanence plutôt que la mobilité de la nature humaine, car ce sont des restes d'un ancien état social qui ont résisté aux influences qui avaient prévalu ailleurs. En réalité, la plus grande partie de notre constitution mentale, morale et physique est stable, et la résistance qu'elle oppose au changement est telle que, quoique les modifications de la société humaine soient assez évidentes dans une partie du monde, elles ne sont ni assez rapides, ni assez étendues pour qu'on ne puisse pas déterminer leur importance, leur caractère et leur

direction générale. Dans l'état actuel de nos connaissances, nous ne pouvons qu'approcher de la vérité; mais il n'y a pas de raison de croire qu'elle soit si éloignée, ou, ce qui est la même chose, que notre science ait besoin de tant de corrections à l'avenir, qu'elle soit entièrement inutile pour notre instruction.

L'autre théorie dont je voulais parler est la théorie historique de Bentham. Elle est exposée un peu obscurément, on pourrait même dire timidement, dans plusieurs parties des œuvres de Bentham, et est tout à fait différente de l'analyse de l'idée du droit qu'il avait commencée dans son « Fragment sur le gouvernement, » et qui a été dernièrement complétée par M. John Austin. Réduire le droit à un commandement d'une certaine nature, imposé à des conditions spéciales, ne sert jamais qu'à éloigner de nous une difficulté de langage qui réellement est formidable. Mais ce n'est pas résoudre la question des motifs qu'ont eus les sociétés pour s'imposer ces commandements ni celle des rapports que ces commandements ont entre eux et avec ceux qui les ont précédés et qu'ils ont remplacés. Bentham fait bien penser que les sociétés modifient et ont toujours modifié leurs lois d'après leurs idées d'utilité générale. Il est difficile de dire que cette proposition soit fausse, mais elle semble inutile. Car ce qui semble utile à une société, ou aux hommes qui la gouvernent, lorsqu'elle change une règle de droit est la même chose que l'objet de ce changement, quel qu'il puisse être. L'utilité et le plus grand bien de

tous ne sont que des noms différents pour les sentiments qui suggèrent le changement; et lorsque nous disons que c'est d'après l'utilité que le droit ou l'opinion se modifie, tout ce que nous gagnons par cette proposition consiste à substituer une expression formelle à une expression que nous sous-entendons nécessairement lorsque nous disons qu'un changement a eu lieu.

On est si généralement mécontent des théories existantes en matière de droit, et si généralement convaincu qu'elles ne résolvent pas les questions qu'elles prétendent résoudre, qu'on peut soupçonner qu'une branche de recherches nécessaire pour obtenir un résultat complet, a été négligée ou entièrement oubliée par les auteurs de cette théorie. En réalité, toutes ces spéculations, si l'on en excepte peut-être celles de Montesquieu, pêchent par une omission remarquable! Elles ne tiennent pas compte de ce qu'a été le droit aux époques éloignées de celle dans laquelle a paru chacune d'elles. Leurs auteurs ont observé avec soin les institutions de leur siècle et de la société dans laquelleil svivaient, et celles d'autres siècles et d'autres sociétés avec lesquelles ils étaient liés par quelque sympathie intellectuelle; mais dès que leur attention se portait sur des états sociaux très-anciens et très-différents du leur, à la superficie, ils cessaient d'observer et commençaient à conjecturer. L'erreur qu'ils commettaient est analogue à celle d'une personne qui, cherchant les lois de l'univers matériel, commencerait par considérer le monde physique existant comme

un tout au lieu de commencer par l'étude de ses éléments les plus simples. On ne voit pas pourquoi un tel solécisme scientifique serait plus permis en droit que dans toute autre région de la pensée. Il semblerait que nous dussions commencer par l'étude des formes sociales les plus simples dans l'état le plus rapproché de leur condition primitive. En d'autres termes, si nous suivions la marche habituelle des sciences, nous pénétrerions aussi loin que possible dans l'histoire des sociétés primitives. Les phénomènes qu'elles nous présentent ne sont pas faciles à comprendre à première vue ; mais la difficulté de les saisir est bien peu de chose en comparaison des perplexités qui nous assaillent lorsque nous étudions le mécanisme compliqué des sociétés modernes. La difficulté que nous éprouvons à comprendre les institutions primitives tient à leur étrangeté et à leur grossièreté, non à leur nombre, ni à des rapports complexes. On a de la peine à revenir de la surprise qu'elles causent lorsqu'on les regarde du point de vue moderne ; mais lorsque cette surprise est passée, on trouve des rapports peu nombreux et simples. Du reste, lors même qu'on aurait peu de peine qu'on n'en a à les comprendre, cette peine ne serait pas perdue, car il s'agit de trouver le germe d'où sont sorties toutes les restrictions morales qui limitent nos actions et dirigent notre conduite dans le temps présent.

Les commencements de l'état social, autant que nous les connaissons, nous sont attestés par des témoi-

gnages de trois sortes : — relations d'observateurs contemporains sur des civilisations moins avancées que la leur ; — souvenir conservé par certaines races sur leur histoire primitive ; — ancien droit. Les témoignages de la première espèce sont les meilleurs. Comme les sociétés n'avancent pas aussi vite les unes que les autres, mais d'une marche différente, il y a eu des époques où les hommes habitués à observer méthodiquement ont été en position de voir et de décrire l'enfance du genre humain. Tacite a tiré le meilleur parti d'une situation semblable ; mais la *Germania*, peu semblable en cela aux livres classiques les plus célèbres, n'a pas porté d'autres écrivains à suivre l'excellent exemple donné par son auteur, de telle sorte que nous ne possédons qu'un très-petit nombre de témoignages de ce genre. Le mépris hautain qu'un peuple civilisé professe pour des voisins barbares a fait négliger l'observation de ceux-ci, et cette négligence a été aggravée quelquefois par la crainte, par les préjugés religieux et même par l'emploi des termes « civilisation et barbarie, » qui font croire à beaucoup de personnes que ces deux mots n'indiquent pas seulement une différence d'avancement, mais une différence de nature. La *Germania* elle-même a été soupçonnée par quelques critiques de sacrifier l'exactitude à la recherche des contrastes et du pittoresque. D'autres histoires qui nous ont été transmises des archives du peuple dont elles rapportent l'enfance, sont considérées comme affectées

par l'orgueil de race ou par le sentiment religieux des siècles postérieurs. Il importe d'observer que ces soupçons, bien ou mal fondés, ne s'appliquent pas à la plus grande partie du droit primitif. La plupart des anciennes lois parvenues jusqu'à nous ont été conservées seulement parce qu'elles étaient anciennes. Ceux qui les pratiquaient et leur obéissaient ne prétendaient pas les comprendre; quelquefois même ils les tournaient en ridicule et les méprisaient. Ils ne pouvaient en rendre compte qu'en disant qu'elles leur venaient de leurs ancêtres. Si nous limitons notre attention à ces fragments des anciennes institutions, qui ne peuvent raisonnablement être suspectes d'arrangement, nous pouvons comprendre clairement quelques-uns des grands caractères de la société à laquelle elles appartenaient à l'origine. Si nous faisons un pas de plus, nous pouvons étudier des systèmes de droit qui, comme le code de Manou, sont dans leur ensemble d'une authenticité douteuse et, en nous servant des moyens obtenus par l'étude antérieure, nous pouvons distinguer les parties de ces codes qui sont véritablement primitives de celles qui ont été affectées par les préjugés, par les intérêts ou par l'ignorance du compilateur. On reconnaîtra tout au moins que, si les matériaux sont suffisants et si les comparaisons sont faites avec soin, cette méthode est aussi inattaquable que celle qui a conduit la philologie comparée à des résultats si étonnants.

Le résultat des preuves tirées de la jurisprudence

comparée, est que la condition primitive de l'espèce humaine fut ce qu'on appelle l'état patriarcal. Sans doute, la théorie de cet État se fonda à l'origine sur l'histoire biblique des patriarches hébreux dans la basse Asie ; mais, comme nous venons de le dire, son origine biblique était un obstacle à ce qu'elle fût accueillie comme une théorie complète, car la majorité de ceux qui, jusqu'à nos jours, ont étudié avec le plus de soin la liaison des phénomènes sociaux, étaient sous l'influence de préjugés puissants contre les antiquités hébraïques, ou désiraient ardemment établir leurs systèmes, sans s'appuyer sur l'histoire religieuse. Aujourd'hui même on est peut-être disposé à déprécier ces documents ou plutôt à n'en pas tirer de généralisation comme formant une part des traditions d'un peuple sémitique. Il faut remarquer toutefois que les documents relatifs à l'ancien droit viennent presque exclusivement des institutions de sociétés appartenant à la race indo-européenne, puisque la plus grande partie nous vient des Romains, des Hindous et des Slaves ; et la difficulté, dans l'état de nos connaissances, est de savoir où s'arrêter, de dire de quelle race d'hommes on ne doit pas affirmer que la société dans laquelle ils furent primitivement unis n'avait pas la forme patriarcale. Je n'ai pas besoin de décrire en détail les traits principaux d'une société semblable, tels que les montrent les premiers chapitres de la Genèse, parce qu'ils sont familiers à la plupart des lecteurs depuis leur enfance et parce que, grâce à

l'intérêt qui s'attachait autrefois à la controverse qui eut lieu entre Locke et Filmer, ils remplissent tout un chapitre, assez inutile d'ailleurs, de la littérature anglaise. Les points qui ressortent nettement de l'histoire sont les suivants : — le parent mâle le plus âgé, l'ascendant le plus vieux, est maître absolu dans sa maison ; il a le pouvoir de vie et de mort sur ses enfants et leur famille aussi bien que sur ses esclaves, et en réalité les relations du père au fils et du maître à l'esclave ne diffèrent guère en autre chose que dans la capacité du fils de devenir un jour chef de famille lui-même. Les troupeaux des enfants appartiennent au père, et les biens du père, qu'il possède plutôt comme magistrat que comme propriétaire, sont également partagés après sa mort entre ses descendants au premier degré, le fils aîné recevant quelquefois une part double sous le nom de droit d'aînesse, mais n'ayant plus généralement d'autre avantage héréditaire qu'une préséance honorifique. On peut tirer des récits de l'Écriture cette conséquence moins apparente : qu'ils nous mettent sur la voie des premières atteintes portées à la puissance paternelle. Les familles de Jacob et d'Esaü se séparent et forment deux nations ; mais les familles des fils de Jacob restent unies et deviennent un peuple. Cela ressemble au premier germe d'un État ou d'une république et d'un ordre de droits supérieur aux relations de famille.

Si j'essayais d'exprimer, en peu de mots, les caractères spécialement juridiques de l'état dans lequel les hommes

se montrent à l'origine de l'histoire, je me contenterais de citer quelques vers de l'*Odyssée* d'Homère :

Τοῖσιν δ'οὔτ'ἀγοραὶ βουληφόροι οὔτε θέμιστες,
. . . . . . Θεμιστεύει δὲ ἕκαστος
Παίδων ἠδ'ἀλόχων, οὐδ'ἀλλήλων ἀλέγουσιν.

« Ils n'ont ni assemblée pour le conseil, ni thémistes, mais chacun a juridiction sur ses femmes et ses enfants sans se soucier des autres. » Ces vers s'appliquent aux Cyclopes, et je n'exprimerai peut-être pas une idée trop fantastique si je dis que, pour Homère, les Cyclopes sont le type d'une civilisation étrangère moins avancée que la sienne; car la répugnance presque physique qu'un peuple primitif éprouve pour les hommes dont les mœurs diffèrent beaucoup des siennes se manifeste en ce qu'on les considère comme des monstres, comme des géants ou même comme des démons, ainsi qu'on le voit presque toujours dans la mythologie orientale. Quoi qu'il en soit, ces vers résument les indications que nous fournissent les antiquités juridiques. Les hommes paraissent au commencement en groupes parfaitement isolés sous le pouvoir du père de famille. Sa parole est le droit, mais non encore dans la condition de ces thémistes que nous avons analysés dans le premier chapitre de cet ouvrage. Lorsque nous arrivons à l'état de société dans lequel ces conceptions primitives du droit paraissent formées, nous les trouvons enveloppées du mystère et de la spontanéité qui semblent caractériser les ordres d'un père tout-puissant; mais en même temps, comme

elles viennent d'un souverain, elles supposent l'union de groupes de famille dans une organisation plus étendue. La première question qui se présente ensuite est de savoir quelle est la nature de cette union et quel le degré d'intimité qu'elle suppose. C'est là justement que le droit primitif nous rend un de ses plus grands services, et remplit une lacune qui, sans lui, n'aurait pu être remplie que par des conjectures. Toutes les parties de ce droit contiennent les indications les plus claires pour attester que la société des temps primitifs n'était pas une collection d'*individus*, comme celle de notre temps. En réalité et au point de vue de ses membres, c'était une *agrégation de familles*. On peut exprimer le contraste d'une manière plus claire en disant que l'unité de l'ancienne société était la famille, et celle de la société moderne l'individu. Nous devons nous préparer à trouver dans l'ancien droit toutes les conséquences de cette différence. Ce droit est conçu pour un système de petites corporations indépendantes; par conséquent il est pauvre, parce que le commandement despotique du père de famille y supplée : il est rempli de formalités, parce que les affaires dont il s'occupe ressemblent beaucoup plus à des affaires internationales qu'à un commerce rapide entre individus. Il se distingue surtout par une particularité dont je ne puis exposer encore toute l'importance : il considère la vie à un point de vue tout différent de celui d'une jurisprudence développée ; les corporations ne meurent jamais, et par conséquent le droit primitif

considère les unités dont il s'occupe, c'est-à-dire les groupes patriarcaux ou de famille, comme perpétuels et impérissables. Ce point de vue se rattache à l'aspect particulier que présentent les attributs moraux dans les temps très-anciens. L'élévation morale et la dépravation de l'individu sont confondues avec les mérites et les fautes du groupe auquel il appartient, ou ne sont considérées qu'en seconde ligne. Si la communauté pèche, son péché est beaucoup plus grand que la somme de ceux qui ont été commis par ses membres ; le crime est un acte collectif, et ses conséquences s'étendent à un bien plus grand nombre de personnes que celles qui y ont pris part. D'ailleurs, si l'individu a commis un crime qui attire l'attention, ce sont ses enfants, ses parents, les hommes de sa tribu ou ses concitoyens qui sont punis avec lui, et quelquefois pour lui. Il arrive ainsi que les idées de responsabilité et de rétribution morale semblent plus claires dans les temps très anciens que dans des temps moins reculés ; car, comme le groupe de familles est *immortel* et reste indéfiniment exposé aux châtiments, l'intelligence des temps primitifs n'est pas embarrassée par les questions qui deviennent obscures dès que l'on considère l'individu comme complétement détaché du groupe. L'idée grecque d'un héritage de malédiction marque un pas dans la transition de l'ancien point de vue aux explications théologiques ou métaphysiques qui sont venues plus tard. L'héritage que le premier criminel laissait à sa postérité n'était pas le

danger du châtiment, mais le danger de commettre de nouveaux crimes qui emportaient avec eux une punition ; et ainsi la responsabilité de la famille se joignait à la nouvelle forme de pensée qui limitait à la personne du criminel les conséquences du crime.

Nous aurions une explication bien simple de l'origine de la société, si nous pouvions tirer une conclusion générale des indications fournies par l'exemple biblique déjà cité; si nous pouvions supposer que des communautés commençaient à exister partout où une famille restait réunie au lieu de se séparer à la mort de son patriarche. Dans la plupart des États grecs et à Rome, on vit longtemps des vestiges d'une série ascendante de groupes dont l'État s'était primitivement formé. La famille, la maison, la tribu des Romains, peuvent en être considérées comme les types, et les descriptions qu'on nous en fait sont telles qu'il nous est difficile de ne pas y voir un système de cercles concentriques formés successivement autour d'un même point. Le groupe élémentaire est la famille, liée par la puissance de l'ascendant mâle le plus âgé. L'aggrégation des familles forme la *gens* ou maison. L'aggrégation des maisons est la tribu. L'aggrégation des tribus forme la république. Pouvons-nous suivre ces indications et affirmer que la république est une collection de personnes liées par la descendance commune de l'auteur d'une famille primitive. Nous pouvons au moins être assurés que toutes les anciennes sociétés se regardaient comme procédant d'une même

souche, et ne pouvaient même pas comprendre que l'union politique eût un autre motif. L'histoire des idées politiques commence, en réalité, avec l'idée que la communauté de sang est la seule base possible d'une communauté de fonctions politiques ; et aucun de ces renversements de sentiments, que nous appelons solennellement révolutions, n'a eté si surprenant et si complet que le changement survenu lorsque quelqu'autre principe, celui de l'habitation sur le même sol, par exemple, fut établi pour la première fois comme base d'une action politique commune. On peut donc affirmer des anciennes républiques que leurs citoyens considéraient tous les groupes dont ils étaient membres comme fondés sur la descendance d'un même auteur. Ce qui était évidemment vrai de la famille était cru vrai de la *gens*, puis de la tribu, et enfin de l'État. Et cependant nous trouvons qu'avec cette croyance, ou, si nous pouvons ainsi parler, cette théorie, chaque communauté conservait des titres ou des traditions qui montraient clairement la fausseté de cette supposition. Soit que nous considérions les États grecs ou Rome, ou les aristocraties teutoniques du Ditmarsh[1] qui ont fourni à Niebuhr tant d'exemples intéressants, ou les clans celtiques, ou cette étrange organisation sociale des Slaves, Russes et Polonais, qui n'a été remarquée que récemment, nous découvrons partout dans l'histoire un moment où des hommes d'origine étrangère ont été admis dans la communauté primitive et y ont

[1] Ditmarschen, partie sud-occidentale du duché de Holstein. C. S.

été incorporés. Si nous considérons Rome en particulier, nous trouvons que le premier groupe, la famille, y était constamment altéré par la pratique de l'adoption, et qu'il a toujours couru des histoires sur l'origine étrangère d'une des tribus primitives et sur la grande augmentation des *gentes*, due à l'un des premiers rois. La composition de l'État, que l'on considérait toujours comme naturelle, était cependant connue comme artificielle pour une grande part. Cette contradiction entre une croyance ou théorie et un fait notoire est très-embarrassante à première vue; mais elle nous montre bien la puissance avec laquelle les fictions légales font leur œuvre dans l'enfance de la société. Une des premières fictions légales et des plus employées était celle qui permettait de créer artificiellement des relations de famille, et je crois qu'il n'en est aucune à laquelle le genre humain doive une plus profonde reconnaissance. Si elle n'avait pas existé, je ne vois pas comment un groupe primitif, quelle que fût sa nature, en aurait absorbé un autre, ni comment deux groupes auraient pu se réunir, si ce n'est par la supériorité absolue d'un côté et la soumission absolue de l'autre. Sans doute lorsque, avec nos idées modernes, nous songeons à l'union de communautés indépendantes, nous pouvons imaginer cent manières de l'établir, dont la plus simple fait voter ou agir les individus compris dans les groupes réunis d'après la situation de leur domicile; mais l'idée que des personnes devaient exercer des droits politiques en commun, simplement

parce qu'elles vivaient dans la même contrée, était absolument étrange et monstrueuse pour l'antiquité primitive. L'expédient que l'on accueillait avec faveur à cette époque était celui qui consistait en ce que la population nouvelle feignît de descendre de la même souche que celle sur laquelle elle était greffée ; et c'est précisément la bonne foi de cette fiction et son imitation exacte de la réalité que nous ne pouvons pas maintenant espérer de comprendre. Une circonstance, toutefois, qu'il importe de rappeler, c'est que les hommes qui formaient les divers groupes politiques avaient certainement l'habitude de se réunir périodiquement pour reconnaître et consacrer leur association par des sacrifices communs. Les étrangers incorporés au groupe étaient sans doute admis à ces sacrifices ; et lorsque ce pas fut fait, nous pouvons croire qu'il fut aussi facile ou pas plus difficile de comprendre qu'ils descendaient de l'auteur commun. La conclusion qui résulte des documents est, non pas que toutes les sociétés primitives fussent formées par la descendance d'un même auteur, mais que toutes celles d'entre elles qui eurent de la solidité et de la durée, descendaient ou supposaient qu'elles descendaient d'un même auteur. Un nombre indéfini de causes peut avoir dispersé les groupes primitifs ; mais chaque fois que leurs éléments se réunissaient, c'était sur le modèle ou le principe d'une association de famille. Quoi qu'il en fût en réalité, les idées, le langage et le droit étaient fondés sur cette supposition. Mais quoique tout cela me

semble prouvé pour les communautés sur lesquelles nous avons des documents, le reste de leur histoire atteste ce que nous avons affirmé plus haut du caractère essentiellement transitoire et de la courte influence des plus puissantes fictions légales. A une certaine époque, — probablement aussitôt qu'ils se sentirent assez forts pour résister à la pression du dehors, — tous ces États cessèrent de se recruter par des extensions artificielles de parenté. Ils devinrent donc nécessairement des aristocraties chaque fois qu'une nouvelle population, réunie par quelque cause que ce fût autour d'eux, ne put réclamer une communauté d'origine. Leur dureté à maintenir le principe central du système, sous lequel on ne pouvait obtenir les droits politiques autrement que par une parenté réelle ou artificielle, enseigna aux inférieurs un autre principe qui se montra doué d'une vitalité supérieure. Ce fut le principe de l'habitation du même territoire, aujourd'hui reconnu partout comme la condition de la communauté des droits politiques. Une nouvelle suite d'idées politiques apparut qui, étant les nôtres, celles de nos contemporains, et en grande partie de nos ancêtres, obscurcissent pour nous l'intelligence de la vieille théorie qu'elles ont vaincue et détrônée.

La famille est donc le type d'une ancienne société dans toutes les modifications qu'elle peut subir; mais la famille dont nous parlons n'est pas exactement la famille telle que la conçoit un moderne. Pour bien comprendre l'ancienne conception de la famille, nous

devons donner à nos idées modernes une importante extension et une importante limitation. Nous devons considérer la famille comme s'étendant constamment par l'absorption d'étrangers, et nous devons essayer de considérer la fiction de l'adoption comme imitant de si près la parenté réelle, que ni la loi ni l'opinion n'établissent de différence entre la parenté du sang et celle qui naît de l'adoption. D'un autre côté, les personnes incorporées théoriquement à une famille par une descendance commune, sont liées pratiquement par la puissance de l'ascendant le plus âgé, père, grand-père ou bisaïeul. L'autorité du patriarche est un élément aussi essentiel de la notion du groupe de famille que le fait, réel ou supposé, que les membres de la famille descendent tous de lui; et par là nous pouvons comprendre que s'il existe quelque personne qui, quoique parente par le sang, ait été soustraite de fait à la puissance du chef, elle est toujours considérée, au commencement du droit, comme perdue pour la famille. C'est cette agrégation patriarcale, — la famille moderne ainsi réduite d'un côté et étendue de l'autre — que nous rencontrons sur le seuil du droit primitif. Plus anciennement probablement que l'État, que la tribu, que la *gens*, elle laisse ses traces dans le droit privé longtemps après que la *gens* et la tribu ont été oubliées, et longtemps après que la consanguinité à cessé d'être un élément de la composition des États. On verra qu'elle a laissé son empreinte sur toutes les grandes divisions de la jurisprudence, et on

trouvera, je pense, qu'elle est la véritable source de plusieurs de ses caractères les plus importants et les plus durables. A l'origine, les détails du droit dans son plus ancien état nous portent irrésistiblement à conclure que l'on considéra le groupe de la famille précisément comme les systèmes de droits et de devoirs qui prévalent aujourd'hui en Europe considèrent l'individu. Il existe des sociétés que nous pouvons observer aujourd'hui même, dont les lois et les coutumes pourraient difficilement être comprises si l'on ne supposait qu'elles sont restées dans cette condition primitive; mais dans les communautés plus favorisées, le mécanisme de la jurisprudence est tombé en pièces par degrés, et si nous observons avec soin comment il s'est brisé, nous trouverons que les parties de chaque système qui ont péri sont celles qui étaient le plus profondément affectées par la conception primitive de la famille. Dans un cas de la plus haute importance, celui du droit romain, les changements eurent lieu si lentement que nous pouvons observer la ligne de direction qu'ils suivirent, et nous pouvons même donner quelque idée des résultats définitifs auxquels ils tendaient. Lorsque nous poursuivons cette dernière recherche, nous ne devons pas nous laisser arrêter par la barrière imaginaire qui sépare le monde ancien du monde moderne. Car ce mélange de droit romain raffiné et de coutumes barbares primitives que nous connaissons sous le nom trompeur de féodalité, eut pour effet de faire revivre plusieurs parties du droit

primitif qui avaient disparu dans le monde romain, de telle sorte que la décomposition qui semblait terminée recommença, et, jusqu'à un certain point, continue encore.

Dans quelques systèmes de droit, l'organisation primitive de la famille a laissé une large et visible empreinte dans l'autorité viagère exercée par le père ou autre ascendant sur la personne et la propriété de ses descendants, autorité que nous pouvons désigner par son nom romain de *patria potestas*. Aucun trait primitif des anciennes associations d'hommes n'est attesté par un plus grand nombre de témoignages, et cependant il n'en est aucun qui semble avoir disparu si rapidement et si vite de la coutume des communautés en voie de progrès. Gaïus, qui écrivait sous les Antonins, parle de cette institution comme si elle était spécialement romaine. En réalité, s'il avait regardé au delà du Rhin et du Danube, du côté de ces tribus barbares qui excitaient la curiosité de quelques-uns de ses contemporains, il aurait trouvé des exemples de la puissance patriarcale dans sa forme la plus tranchée, et dans l'extrême Orient, une branche de la famille d'où descendaient les Romains gardait leur *patria potestas* dans ses détails les plus techniques. Mais entre les races comprises dans l'empire romain, Gaïus n'en pouvait trouver aucune, à l'exception des Galates, chez laquelle existât une institution semblable à la puissance paternelle des Romains. Il y a des motifs, à ce qu'il me semble, pour que l'autorité

directe du père de famille, ait dû prendre des proportions plus humbles qu'à l'origine dans le plus grand nombre des sociétés progressives. L'obéissance passive que des hommes grossiers ont pour leur père est sans aucun doute un fait primitif qu'il serait absurde d'expliquer, en leur attribuant des calculs relatifs aux avantages qu'ils en retirent. Mais s'il est naturel que des fils obéissent à leur père, il est également naturel qu'ils le considèrent comme plus fort ou plus sage qu'eux. Aussi, quand des sociétés sont placées dans une situation qui fait attacher un grand prix à la vigueur du corps et de l'esprit, il existe une influence toujours agissante, qui tend à réduire la puissance paternelle au cas où celui qui la possède est réellement habile et fort. Au premier regard que nous jetons sur la société hellénique primitive, il semble qu'une supériorité de sagesse conserve la puissance paternelle à des personnes dont les forces physiques ont décliné; mais les relations d'Ulysse et de Laërte, dans l'*Odyssée*, semblent nous montrer que lorsque le fils possédait à la fois une valeur et une sagacité extraordinaires, le père, arrivé à la décrépitude, cessait d'être le chef de la famille. Dans la maturité de la jurisprudence grecque, le droit va un peu plus loin que la pratique indiquée dans les poëmes d'Homère; et quoiqu'il reste des traces nombreuses d'étroites obligations de famille, l'autorité directe du père est limitée, comme dans les codes européens, à la minorité des enfants, ou, en d'autres termes, à la période

pendant laquelle on peut toujours présumer leur infériorité physique et mentale. Toutefois le droit romain, avec sa tendance remarquable à n'innover sur les anciennes coutumes que juste autant que l'exigent les besoins de la république, conserve l'institution primitive et la limitation à laquelle je crois qu'elle a été soumise. Dans toutes les relations sociales dans lesquelles l'État pouvait profiter de la sagesse ou de la force du fils pour le conseil ou pour la guerre, le *filius familias*, soumis à la puissance paternelle, était aussi libre que son père. C'était une maxime de jurisprudence romaine que la *patria potestas* ne s'étendait pas au *jus publicum*. Le père et le fils votaient ensemble dans la cité et combattaient côte à côte sur le champ de bataille; le fils pouvait, en qualité de général, commander à son père, ou, en qualité de préteur, connaître de ses contrats ou de ses délits. Mais dans tous les rapports résultant du droit privé, le fils vivait sous un despotisme domestique qui, si l'on considère la sévérité qu'il conserva jusqu'à la fin et le nombre des siècles pendant lesquels il dura, constitue l'un des plus étranges problèmes de l'histoire juridique.

La puissance paternelle des Romains, qui est nécessairement notre type de l'autorité du père dans les temps primitifs, est également difficile à comprendre comme institution d'une société civilisée, soit que l'on considère ses effets sur la personne ou ses effets sur la propriété. Il est regrettable qu'on ne puisse remplir plus complétement la lacune qui existe dans son his-

toire. Quant à la personne, nos premières informations nous montrent le père possédant sur ses enfants *jus vitæ necisque*, la puissance de vie et de mort, et à plus forte raison la faculté d'infliger des châtiments corporels : il peut modifier à volonté leur condition personnelle ; il peut donner une épouse à son fils ; il peut donner en mariage la fille de son fils ; il peut prononcer le divorce de ses enfants de l'un et de l'autre sexe ; il peut les faire passer dans une autre famille par l'adoption ; il peut les vendre. Dans les derniers temps de la période impériale, nous trouvons des vestiges de tous ces pouvoirs, mais ils ont été enfermés dans des limites assez étroites. Le droit illimité de châtier ses enfants s'est transformé en droit de soumettre les délits domestiques à la connaissance du juge civil ; le privilége d'imposer un mariage a dégénéré en un veto conditionnel ; la faculté de les vendre a été virtuellement abolie, et l'adoption elle-même, destinée à perdre presque toute son ancienne importance dans le droit réformé par Justinien, ne peut plus avoir lieu sans le consentement de l'enfant transporté dans une famille adoptive. En résumé, nous arrivons bien près des idées qui ont enfin prévalu dans le monde moderne. Mais entre ces époques distinctes il existe un intervalle obscur, et nous devons nous borner à des conjectures sur les causes qui permirent à la puissance paternelle de durer aussi longtemps, en la rendant plus tolérable qu'elle ne nous semble. L'accomplissement des devoirs du fils envers l'État, doit avoir

tempéré l'autorité du père de famille, quand il ne l'annulait pas. Nous pouvons facilement comprendre que le despotisme du père ne pouvait agir sans grand scandale contre un homme majeur investi d'une haute magistrature. Pendant les premiers temps de l'histoire, toutefois, cette espèce d'émancipation de fait doit avoir été rare en comparaison de ce qu'elle fut à l'époque des guerres constantes de la république romaine. Le tribun militaire et le soldat, qui étaient en campagne pendant les trois quarts de l'année, au commencement de la république, plus tard le proconsul chargé de gouverner une province et les légionnaires qu'il occupait, ne peuvent avoir eu des motifs pratiques de se considérer comme les esclaves d'un maître; les avenues par lesquelles on échappait à la puissance paternelle tendaient à se multiplier constamment. Les victoires amenaient des conquêtes, les conquêtes des occupations; le mode d'occupation par des colonies fut abandonné pour le système d'occupation par des armées permanentes. Chaque pas en avant appelait un plus grand nombre de citoyens romains à s'expatrier, et faisait une nouvelle prise dans le sang de la race latine. Nous pouvons conjecturer, je le crois, qu'un fort sentiment en faveur du relâchement de la puissance paternelle, s'était établi à l'époque où commença la paix du monde avec la constitution de l'empire. Les premiers coups sérieux portés à cette ancienne institution sont attribués aux premiers Césars, et quelques actes isolés de Trajan ou d'Adrien

semblent avoir préparé le terrain pour une série de lois formelles dont nous ne pouvons toujours exactement déterminer la date, mais qui ont, d'une part, limité les pouvoirs du père et, d'autre part, multiplié les facilités pour les abandonner. L'ancienne manière de se débarrasser de la puissance paternelle en vendant trois fois son fils prouve, à ce que je crois, qu'il existait de bonne heure un sentiment contraire à la prolongation inutile de cette puissance. La règle qui déclarait le fils libre lorsqu'il aurait était vendu trois fois par son père, semble avoir été destinée à l'origine à punir une pratique qui révoltait même la moralité imparfaite du Romain primitif. Même avant la publication des douze tables, l'habileté des jurisconsultes avait transformé cette règle en un expédient pour détruire la puissance paternelle chaque fois que le père désirait la voir cesser.

Plusieurs des causes qui contribuèrent à adoucir la dureté de la puissance paternelle sur la personne des enfants ne sont pas de celles qui apparaissent à la surface de l'histoire. Nous ne pouvons dire jusqu'à quel point l'opinion publique peut avoir paralysé une puissance conférée par la loi, ni jusqu'à quel point l'affection naturelle peut l'avoir rendue tolérable. Mais quoique le pouvoir du père sur la personne eût fini par être nominal, l'ensemble de la jurisprudence romaine nous indique que les droits du père sur les biens de ses fils étaient toujours exercés sans scrupule autant que la loi le permettait. Nous ne devons pas nous étonner de l'étendue de

ces droits lorsqu'ils se montrent à nous pour la première fois. L'ancien droit romain défendait aux enfants en puissance d'avoir une propriété distincte de celle du père ou, pour mieux dire, il ne supposait pas que les enfants pussent avoir une propriété séparée. Le père avait le droit de prendre la totalité des biens acquis par son fils et de jouir du bénéfice de ses contrats sans supporter en compensation aucune charge. On aurait pu s'y attendre en considérant la constitution de la société romaine primitive, car il est difficile de comprendre le groupe familial de ce temps sans supposer que tous ses membres apportaient à la communauté leurs gains de toutes sortes sans pouvoir l'obliger par des engagements individuels imprudents. Ce n'est pas là que se trouve l'énigme de la puissance paternelle; c'est dans la lenteur avec laquelle les priviléges du père sur les biens furent réduits et dans cette circonstance que, avant qu'ils fussent sérieusement diminués, le monde civilisé tout entier y avait été soumis. Aucune innovation ne fut tentée jusqu'aux premiers jours de l'empire, époque où les acquisitions des soldats en activité de service furent soustraites à l'action de la puissance paternelle. Ce fut sans doute une partie des récompenses données aux armées qui avaient renversé les libertés de la république. Trois siècles plus tard, la même immunité fut étendue aux gains des personnes employées au service de l'État dans des fonctions civiles. Ces deux changements avaient une application clairement limitée, et

leur forme juridique était telle qu'elle touchait aussi peu que possible au principe de la puissance paternelle. Le droit romain avait toujours reconnu une certaine propriété limitée et dépendante pour les gains éventuels et les économies que les esclaves et les fils en puissance n'étaient pas forcés de faire entrer dans les comptes de la maison, et le nom spécial de cette propriété de tolérance, *peculium*, fut appliqué aux acquisitions libres désormais de la puissance paternelle qui s'appelèrent, quand il s'agissait des soldats, *castrense peculium*, et quand il s'agissait des fonctionnaires civils, *quasi castrense peculium*. Plus tard la puissance paternelle fut modifiée sans qu'on respectât autant la forme extérieure du principe.

Peu de temps après l'introduction du *quasi castrense peculium*, Constantin le Grand fit disparaître le pouvoir absolu du père sur les biens que les enfants avaient hérités de leur mère, et le réduisit à un usufruit. Quelques autres changements de peu d'importance vinrent ensuite dans l'empire d'Occident; mais on alla plus loin dans celui d'Orient sous Justinien, qui décréta que si les acquisitions de l'enfant ne venaient pas des biens du père, celui-ci n'avait aucun droit sur eux au delà d'un usufruit viager. Ce décret même, qui marque le point extrême de relâchement de la puissance paternelle romaine, la laissa plus étendue et plus sévère qu'aucune institution analogue du monde actuel. Les premiers écrivains modernes qui se sont occupés de jurisprudence, ont observé

que c'étaient seulement les plus farouches et les plus sauvages des conquérants de l'empire, notamment les peuples d'origine slave, qui avaient une puissance paternelle exactement semblable à celle qui est décrite dans les Pandectes et dans le Code. Tous les immigrants germains semblent avoir reconnu l'union de la famille ou corporation sous le *mund*, ou autorité du chef patriarcal ; mais sa puissance est évidemment le reste d'une *patria potestas* en décadence, et est bien moindre que celle dont jouissait le père de famille romain. Les Francs sont particulièrement cités comme n'ayant pas l'institution romaine ; aussi les anciens jurisconsultes français, même lorsqu'ils étaient le plus occupés à remplir les interstices qui existaient dans les coutumes barbares par des règles empruntées au droit romain, étaient obligés de se protéger contre l'introduction de la *potestas* par la maxime formelle : *Puyssance de père en France n'a lieu.* La ténacité des Romains à maintenir ce débris de leur plus ancienne condition est remarquable en elle-même, mais elle l'est moins que la diffusion de la puissance paternelle sur toute une civilisation d'où elle avait disparu. Pendant que le *castrense peculium* était encore la seule exception à la puissance du père sur les biens et pendant que sa puissance sur la personne de ses enfants était encore étendue, le droit de cité romaine, et avec lui la *patria potestas,* s'étendait dans tous les coins de l'empire. Tout Africain, Espagnol, Gaulois, Breton ou Juif qui obtenait cet honneur par faveur, à prix d'ar-

gent ou par succession, était régi par le droit personnel romain ; et, quoique nos documents disent que les fils nés avant l'acquisition du droit de cité ne pouvaient pas être mis en puissance contre leur volonté, les enfants nés après cette acquisition et tous leurs descendants se trouvaient dans la condition ordinaire du *filius familias* romain. Il n'entre pas dans le sujet que je traite d'étudier le mécanisme de la société romaine des derniers temps ; mais je puis me permettre d'observer que l'opinion qui représente comme une mesure de peu d'importance la constitution de Caracalla, qui confère le droit de cité romaine à tous les sujets de l'empire, a très-peu de fondement. De quelque manière que nous l'interprétions, cette constitution doit avoir énormément étendu la sphère de la *patria potestas*, et il me semble que le resserrement des liens de famille qu'elle produisit devrait être mis en compte plus qu'il ne l'a été jusqu'à présent, pour expliquer la grande révolution morale qui transformait le monde.

Avant de quitter cette branche de nos études, remarquons que le père de famille était responsable des dommages causés par ses fils en puissance. Il était également responsable de ceux causés par ses esclaves. Mais dans les deux cas, il possédait à l'origine la singulière faculté de réparer complétement le dommage causé en livrant la personne du délinquant. La responsabilité encourue pour les fils, jointe à l'incapacité mutuelle du père et du fils en puissance de plaider l'un contre l'autre, semble

s'expliquer, d'après quelques jurisconsultes, par la supposition d'une « unité de personne » du père et du fils de famille. Dans le chapitre sur les successions, j'essayerai de montrer en quel sens et jusqu'à quel point cette unité peut être acceptée comme une réalité. Ici je dirai seulement que ces responsabilités du père de famille et d'autres phénomènes juridiques dont nous nous occuperons plus tard me semblent indiquer certains *devoirs* correspondant aux *droits* du patriarche. Je comprends que, s'il disposait absolument des personnes et des biens de la famille, cette propriété représentative était jointe à l'obligation de pourvoir, au moyen du fonds commun, aux besoins de tous les membres de la famille. La difficulté est de sortir assez de nos associations d'idées ordinaires pour comprendre la nature de ces obligations. Ce n'était pas une obligation légale, car le droit n'avait pas encore pénétré dans l'intérieur de la famille. Appeler cette obligation *morale*, c'est peut-être anticiper sur les idées qui appartiennent à un état de développement mental plus avancé; mais l'expression « obligation morale » exprime assez notre pensée, si nous comprenons par ces mots un devoir observé presque sans s'en apercevoir, sous l'empire de l'instinct et de l'habitude plutôt que sous la pression de lois définies.

La *patria potestas*, dans son état normal, n'a pas été et n'a pas pu être, ce me semble, une institution générale durable. Si nous nous bornons à la considérer elle-même, nous ne sommes qu'imparfaitement certains de son uni-

versalité ; mais nous pouvons nous en assurer davantage en étudiant d'autres branches de l'ancien droit qui en dépendent, quoique cette dépendance ne soit pas visible dans toutes leurs parties ni pour tous les observateurs. Considérons, par exemple, la parenté, ou en d'autres termes la manière dont l'ancienne jurisprudence calculait le degré de proximité des parents. Ici encore il nous conviendra d'employer les termes romains de parenté par agnation et par cognation. La parenté de cognation est simplement celle que comprennent les modernes : c'est la parenté résultant d'une commune descendance d'un même couple de personnes mariées, soit par les hommes, soit par les femmes. La parenté par agnation est un peu différente : elle exclut des personnes que nous considérerions aujourd'hui comme nos parents, et elle comprend des personnes que nous ne compterions jamais comme membres de notre famille. En réalité, la parenté par agnation est celle des membres de la famille, comprise comme elle l'était dans les plus anciens temps. Les limites de cette parenté sont loin d'être les mêmes que celles de la parenté moderne.

Sont cognats tous ceux qui remontent à un même ancêtre, homme ou femme ; ou, si nous prenons le sens strictement technique dans le droit romain, tous ceux qui descendent du mariage légitime d'un même couple. Le mot *cognation* a donc un sens relatif, et le degré de parenté qu'il indique dépend du mariage qui est pris comme point de départ des calculs. Si nous commençons

par le mariage du père et de la mère, la cognation sera limitée aux frères et sœurs; si nous prenons le mariage du grand-père et de la grand'mère, les oncles, les tantes et leurs descendants seront compris entre les cognats, dont on peut augmenter le nombre en prenant pour point de départ un mariage plus élevé dans la ligne des ascendants. Voilà ce qu'un moderne comprend très-bien; mais que sont les agnats? En premier lieu, les agnats sont tous parents entre eux par les mâles exclusivement. Donc on forme un tableau des cognats en prenant tour à tour chaque ancêtre et en faisant suivre son nom de ceux de tous ses descendants des deux sexes; ensuite si, en suivant les diverses branches de cette table généalogique, nous nous arrêtons chaque fois que nous rencontrons le nom d'une femme sans suivre plus loin la branche à laquelle elle appartient, tous ceux qui restent après l'exclusion des descendants des femmes sont agnats, et la parenté qui les lie est la parenté par agnation. J'insiste un peu sur la manière pratique de séparer les agnats des cognats pour faire comprendre la mémorable maxime de droit: *Mulier est finis familiæ,* la femme est la limite de la famille. Le nom d'une femme ferme la branche ou le rameau de la généalogie dans laquelle il se rencontre. Aucun des descendants de la femme n'est compris dans la notion de parenté de la famille primitive.

Si le système de droit primitif que nous étudions admet l'adoption, nous devons ajouter aux agnats reconnus par ce procédé toutes les personnes, hommes ou femmes,

qui ont été introduites dans la famille par l'extension artificielle de ses limites. Mais les descendants de ces personnes ne seront agnats que s'ils remplissent les conditions que nous venons d'indiquer.

Quel est donc le motif de cette extension et de cette restriction arbitraire? Comment une idée de parenté assez large pour embrasser des étrangers introduits dans la famille par adoption est-elle en même temps si étroite qu'elle exclue les descendants des femmes? Pour résoudre ce problème, il faut remonter à la *patria potestas*. La base de l'agnation n'est pas le mariage du père et de la mère; c'est la puissance du père. Sont parents par agnation tous ceux qui sont sous la même puissance paternelle, ou qui y ont été ou qui pourraient y être, si leur ancêtre avait pu vivre assez longtemps pour exercer son empire. En réalité, au point de vue primitif, la parenté est limitée par la puissance paternelle. Là où la puissance commence, la parenté commence; et c'est pourquoi les enfants adoptifs sont parents. Là où la puissance finit, la parenté finit; aussi un fils émancipé par son père perd-il tous ses droits d'agnation. Voilà aussi pourquoi les descendants des femmes sont exclus de la parenté primitive. Si une femme mourait sans être mariée, elle ne pouvait pas avoir de descendants légitimes. Si elle se mariait, ses enfants étaient sous la puissance paternelle de son mari, non de son père, et se trouvaient ainsi perdus pour la famille de la mère. Il est évident que l'organisation des sociétés primitives aurait

été bouleversée, si on avait été parent des parents de sa mère. Il en serait résulté qu'une même personne aurait pu être soumise à deux puissances paternelles ; mais deux puissances paternelles supposaient deux juridictions distinctes, de telle sorte que la personne soumise à ces deux juridictions aurait vécu sous deux régimes différents. Tant que la famille est restée comme un *imperium in imperio*, un État dans l'État, gouverné par ses institutions, dont le père était l'origine, la limitation de la parenté aux agnats était une garantie nécessaire contre les conflits de droits dans le forum domestique.

La puissance paternelle proprement dite s'éteignait par la mort du père ; mais l'agnation est restée comme un moule, qui en conserve l'empreinte lorsque cette puissance a cessé d'exister. De là vient l'intérêt de l'agnation pour celui qui étudie l'histoire du droit. On ne peut discerner la puissance elle-même que dans un petit nombre d'anciens monuments ; mais la parenté par agnation, qui suppose l'existence antérieure de la puissance paternelle, se trouve presque partout. Il y a peu de corps de droit indigènes appartenant aux peuples de la souche indo-européenne qui ne contiennent pas dans leurs parties les plus anciennes des dispositions particulières qui se rattachent clairement à l'agnation. Dans le droit hindou, qui est rempli des idées primitives sur la dépendance de la famille, la parenté est entièrement par agnation, et j'ai appris que, dans les généalogies des Hindous, on omet généralement le nom des femmes. Les

mêmes idées sur la parenté se retrouvent dans toutes les parties du droit des peuples qui renversèrent l'empire romain; elles appartiennent réellement à leurs coutumes primitives, et nous pouvons soupçonner qu'elles auraient duré bien plus longtemps qu'elles n'ont duré dans la jurisprudence moderne, sans la vaste influence que le droit romain des derniers temps a exercée sur la pensée moderne. Les préteurs avaient considéré de bonne heure la cognation comme la forme naturelle de la parenté, et ils avaient travaillé à purifier leur jurisprudence des anciens principes. Leurs idées nous ont été transmises, mais on trouve encore des traces de l'agnation dans plusieurs des lois modernes sur les successions. L'exclusion des femmes et de leurs descendants des fonctions du gouvernement, attribuée communément à la coutume des Francs Saliens, tient certainement à l'agnation, car c'est une loi de succession pour la propriété des alleux chez les anciens Germains. C'est dans l'agnation aussi qu'il faut chercher l'explication de ce principe étrange du droit anglais, abrogé tout récemment, qui empêchait les demi-frères d'hériter les uns des autres. Dans la coutume de Normandie, le principe s'applique seulement aux frères utérins, c'est-à-dire aux frères de la même mère, mais non du même père; et, ainsi limité, ce principe est une déduction exacte du système de l'agnation, sous lequel les frères utérins ne sont pas du tout parents. Lorsque cette coutume fut transportée en Angleterre, les juges anglais, qui n'en connaissaient pas le principe,

l'interprétèrent comme une défense d'hériter des demi-frères et l'étendirent aux frères consanguins, c'est-à-dire aux fils du même père et non de la même mère. Dans toute la littérature qui enchâsse (*enshrines*) la prétendue philosophie du droit, il n'y a rien de plus curieux que les pages de sophistique savante dans lesquelles Blakstone essaye d'expliquer et de justifier la règle qui empêchait les demi-frères d'hériter les uns des autres.

On peut montrer, à ce que je crois, que la famille, telle que l'a constituée la puissance paternelle, est le nid d'où est sorti tout le droit relatif aux personnes. De tous les chapitres de ce droit, le plus important est celui qui règle l'état des femmes. Nous venons d'établir que dans le droit primitif, la femme, bien qu'elle ne communique pas l'agnation à ses descendants, se trouve elle-même entre les agnats. En réalité, la parenté de la femme avec la famille dans laquelle elle est née est beaucoup plus étroite, plus intime et plus durable que celle qui unit les parents mâles. Nous avons plusieurs fois établi que le droit primitif ne tient compte que des familles ; autant vaut dire qu'il ne tient compte que des personnes qui exercent la puissance paternelle, et c'est pourquoi, lorsqu'il affranchit le fils ou le petit-fils à la mort du père ou du grand-père, c'est seulement en considération de la capacité de ce fils ou petit-fils à devenir chef d'une nouvelle famille et le centre d'une nouvelle puissance paternelle. Mais une femme ne possède pas cette capacité, et n'a, par conséquent, aucun titre à l'affranchissement

qui en résulte. Aussi y a-t-il dans la jurisprudence primitive une invention particulière pour la conserver sa vie durant dans la dépendance des liens de famille : c'est l'institution connue dans l'ancien droit romain sous le nom de tutelle perpétuelle des femmes. Avec cette institution, la femme affranchie de la puissance paternelle par la mort du père continue à dépendre pendant sa vie de son plus proche parent mâle ou du représentant du père, qui devient son tuteur. La tutelle perpétuelle n'est évidemment ni plus ni moins qu'une prolongation artificielle de la puissance paternelle, lorsque celle-ci a cessé de produire ses autres effets. Dans l'Inde, ce système existe encore complétement, et il est observé à ce point qu'une mère hindoue devient fréquemment la pupille de ses enfants. En Europe même, les lois des peuples scandinaves relatives aux femmes l'ont consacrée jusqu'à ces derniers temps. La tutelle des femmes était un usage général chez tous les peuples qui envahirent l'empire d'Occident, et leurs idées sur la tutelle, sous toutes ses formes, sont les plus rétrogrades de toutes celles qu'ils introduisirent dans le monde occidental. Lorsque le droit romain arriva à sa maturité, la tutelle des femmes en avait entièrement disparu, et nous n'en saurions presque rien, si nous consultions seulement les compilations de Justinien ; mais la découverte du manuscrit de Gaïus nous la montre à une époque fort intéressante, juste au moment où elle était tombée complétement en discrédit et touchait à sa fin. Le grand jurisconsulte lui-même étudie

les motifs populaires invoqués pour justifier cette tutelle (et tirés de l'infériorité mentale de la femme); une partie considérable de son livre est remplie de la description des expédients nombreux, et dont quelques-uns indiquent une habileté d'invention extraordinaire, que les légistes romains avaient imaginés pour mettre les femmes en état de renverser les anciennes règles. Conduits par leur théorie du droit naturel, les jurisconsultes avaient évidemment à cette époque pris l'égalité des sexes comme un principe de leur code d'équité. Les restrictions qu'ils attaquaient touchaient, il faut le remarquer, à la disposition des biens pour laquelle le consentement des tuteurs de la femme était encore formellement exigé. Quant au gouvernement de sa personne, il semble que la tutelle était tombée tout à fait en désuétude.

L'ancien droit subordonne la femme à ses parents consanguins, tandis que dans la jurisprudence moderne le principe saillant est sa subordination à son mari. L'histoire de ce changement est remarquable. Il remonte à une époque ancienne dans les annales de Rome. Dans les anciennes coutumes romaines il y avait trois manières de contracter mariage, l'une par une cérémonie religieuse et les deux autres par l'observation de formalités purement civiles. C'était le mariage religieux ou *confarreatio*; le mariage civil dans sa forme supérieure qu'on appelait *coemptio*, et dans sa forme inférieure qui s'appelait *usus* : le mari acquérait un certain nombre de droits sur la personne et les biens de sa femme plus étendus

que ceux que lui donne aucun système de droit moderne. Mais en quelle qualité acquérait-il ces droits? Non comme *mari*, mais comme *père*. Par la confarréation, la coemption et l'usus, la femme passait *in manum viri*, c'est-à-dire qu'en droit elle devenait la fille de son mari ; elle entrait sous l'empire de sa puissance paternelle, supportait toutes les conséquences de cette puissance, même après qu'elle avait cessé d'exister. Tous les biens de la femme étaient absolument acquis au mari, après la mort duquel elle restait sous la tutelle de l'homme que le mari avait désigné par son testament. Ces trois anciennes formes de mariage tombèrent cependant peu à peu en désuétude, si bien qu'à l'époque la plus brillante de la grandeur romaine, elles étaient presque entièrement remplacées par une sorte d'union ancienne, à ce qu'il paraît, mais qui jusqu'alors n'avait pas été considérée comme convenable, fondée sur une modification de la forme inférieure du mariage civil. Sans expliquer le mécanisme technique de l'institution devenue généralement usuelle, je puis dire qu'en droit c'était le dépôt temporaire de la femme chez le mari, par sa famille. Les droits de la famille demeuraient entiers, et la femme restait sous la tutelle de ceux que ses parents avaient constitués ses tuteurs, et dont le pouvoir dominait sur beaucoup de points matériels l'autorité inférieure du mari. En conséquence, la dame romaine, mariée ou non mariée, acquit une grande indépendance pour sa personne et ses biens, parce que la tendance du droit dans les der-

niers temps était, comme je l'ai déjà insinué, de réduire à rien les pouvoirs du tuteur, et la forme de mariage passée en mode ne conférait au mari aucune autorité sérieuse. Mais le christianisme tendit dès l'origine à limiter cette liberté remarquable. Poussés d'abord par un dégoût justifiable pour les pratiques relâchées de la décadence païenne, et plus tard par une violente passion d'ascétisme, les docteurs de la foi nouvelle regardèrent avec défaveur un lien conjugal qui était, en effet, le moins étroit que le monde occidental ait connu. Le droit romain dans sa dernière forme, après les constitutions des empereurs chrétiens, porte les signes d'une réaction contre les doctrines libérales des grands jurisconsultes de l'époque antonine. L'état du sentiment religieux dominant peut expliquer pourquoi le droit moderne, forgé par la conquête barbare et formé par la fusion du droit romain avec les coutumes patriarcales, a absorbé dans ses premières règles un grand nombre de principes relatifs à la position des femmes qui appartiennent à une civilisation imparfaite. Pendant l'époque troublée qui commence l'histoire moderne, lorsque les lois des envahisseurs germains et slaves demeuraient comme une couche superposée au droit romain de leurs sujets provinciaux, les femmes des races dominantes se trouvèrent partout sous diverses formes de tutelle primitive, et celui qui prenait femme hors de sa propre famille, payait une somme d'argent à la famille qui lui cédait la tutelle de la femme. A une époque plus rapprochée, lorsque le

code du moyen âge eut été formé par l'amalgamation des deux systèmes, la partie du droit qui règle l'état des femmes porta des marques de sa double origine. Le principe du droit romain triompha à ce point que, à part quelques exceptions locales, les femmes non mariées furent généralement délivrées de la tutelle de la famille; mais le principe du droit barbare primitif fixa la position des femmes mariées, et le mari prit, en sa qualité de mari, les pouvoirs qui appartenaient autrefois aux parents mâles de sa femme, avec cette seule différence qu'il n'acheta plus ses droits. Ainsi, à cette époque, le droit moderne de l'Europe méridionale et occidentale commence à se distinguer par un de ses principaux caractères, savoir : la liberté relative qu'il accorde aux femmes non mariées et aux veuves, jointe aux incapacités légales qu'il impose aux femmes mariées. Il s'est écoulé longtemps avant que la subordination infligée aux femmes par le mariage ait sensiblement diminué. Le principal et le plus puissant dissolvant de la renaissance barbare en Europe a toujours été la jurisprudence codifiée par Justinien, partout où elle a été étudiée avec cet enthousiasme passionné qu'elle ne manque guère de susciter. Elle a miné doucement, mais avec beaucoup d'efficacité, les coutumes qu'elle prétendait simplement interpréter. Mais la partie du droit relative aux femmes mariées a été lue dans sa plus grande partie, non à la lumière du droit romain, mais à celle du droit canonique, qui ne s'éloigne sur aucun point de l'esprit de la jurisprudence

laïque autant qu'en ce qui touche les rapports que crée le mariage. Ceci était en partie inévitable, car une société qui conserve une teinture d'institutions chrétiennes n'est pas disposée à rendre aux femmes mariées la liberté personnelle que leur accordait le droit romain moyen ; mais les incapacités des femmes mariées, quant aux biens, reposent sur une tout autre base que leur incapacité personnelle, et c'est par la tendance de leur doctrine à conserver et consolider les premières que les canonistes ont fait un dommage considérable à la civilisation. Il y a maints vestiges d'une lutte entre les principes laïques et les principes ecclésiastiques, mais le droit canon a prévalu presque partout. Dans quelques provinces de France, les femmes mariées d'un rang inférieur à la noblesse, jouissaient de la disposition de leurs biens autant que le droit romain l'avait permis, et ces coutumes locales ont été largement adoptées par le code Napoléon. Mais l'état du droit écossais montre que la scrupuleuse déférence pour les doctrines des jurisconsultes romains n'alla pas toujours jusqu'à l'adoucissement des incapacités légales de la femme mariée. Toufois les systèmes qui sont les moins indulgents pour les femmes mariées sont invariablement ceux qui ont suivi le droit canonique ou ceux qui, pour être entrés tard en contact avec la civilisation européenne, ne se sont jamais débarrassés des vestiges du droit primitif. Les lois danoise et suédoise, dures pendant des siècles pour toutes les femmes, sont encore beaucoup moins favorables aux femmes ma-

riées que la plupart des codes du continent. Le droit commun anglais, qui emprunte le plus grand nombre de ses principes fondamentaux à la jurisprudence des canonistes, est encore plus sévère par les incapacités légales relatives aux biens qu'il impose à la femme mariée. En réalité, la partie du droit commun qui règle la situation légale de la femme mariée peut donner à un Anglais une idée claire de la grande institution qui est le principal sujet de ce chapitre. Je ne vois pas comment on pourrait plus vivement présenter à l'esprit la nature et l'action de l'antique *patria potestas* qu'en réfléchissant sur les prérogatives accordées au mari par le droit commun anglais, et en se rappelant la conséquence rigoureuse avec laquelle le principe de la soumission légale de la femme est observé dans tous les droits, devoirs et actions, dans les parties où ce droit n'a été entamé ni par les jurisconsultes d'équité, ni par les statuts. La distance qui existait entre le plus ancien et le dernier droit romain au sujet des enfants en puissance, trouve son équivalent dans celle qui existe entre le droit commun et la jurisprudence de la Cour de chancellerie pour ce qui touche aux règles que l'un et l'autre appliquent à la femme mariée.

Si nous perdions de vue la véritable origine de la tutelle dans ses deux applications, et si nous employions le langage courant sur ces matières, nous remarquerions que la tutelle des femmes, dans le droit primitif, prolonge d'une façon extravagante la fiction de la suspen-

sion des droits, tandis que ses principes sur la tutelle des orphelins mâles pèchent précisément par le côté opposé. Ces systèmes de droit mettent fin à la tutelle des mâles à un âge très-peu avancé. Sous l'ancien droit romain, qui peut être pris comme leur type, le fils qui se trouvait libéré de la puissance paternelle par la mort de son père ou de son grand-père, restait en tutelle jusqu'à une époque que l'on peut fixer généralement à la quinzième année; mais, arrivé à cet âge, il entrait en pleine jouissance de sa liberté pour sa personne et pour ses biens. Ainsi la minorité semble avoir été déraisonnablement courte, comme la tutelle des femmes déraisonnablement longue. Mais en fait, il n'y avait d'excès ni de l'un ni de l'autre côté, eu égard aux circonstances qui donnèrent la première forme aux deux sortes de tutelle. Ni l'une ni l'autre n'était fondée sur la moindre considération de convenance publique ou privée. La tutelle des orphelins mâles n'avait pas plus pour but de les protéger jusqu'à l'âge de raison que la tutelle des femmes n'avait pour but de protéger la faiblesse du sexe. Le fils se trouvait délivré de sujétion par la mort de son père, parce qu'il avait la capacité légale de devenir lui-même chef de famille et de fonder une nouvelle *patria potestas* : la femme n'avait pas cette capacité, et c'est pourquoi elle n'était jamais affranchie. Par conséquent, la tutelle des orphelins mâles était imaginée pour conserver un semblant de subordination à la famille du père jusqu'au moment où l'on supposait que le fils pouvait devenir

père lui-même. C'était une prolongation de la *patria potestas* jusqu'au moment de la simple virilité physique : elle finissait avec la puberté, parce que la rigueur de la théorie exigeait qu'il en fût ainsi. Toutefois, comme elle ne tendait pas à conduire le pupille jusqu'à l'âge de la maturité intellectuelle et de la capacité pour les affaires, elle était tout à fait impuissante à satisfaire les besoins d'ordre général; et c'est ce que les Romains semblent avoir remarqué dès la première période de leur progrès social. Un des plus anciens monuments de la législation romaine est la *lex lætoria* ou *plætoria*, qui plaçait tous les mâles libres ayant atteint la majorité et la plénitude de leurs droits sous la surveillance temporaire d'une nouvelle espèce de tuteurs appelés *curatores*, dont le consentement était nécessaire pour la validité de leurs actes ou contrats. La vingt-sixième année du jeune homme était la limite de cette surveillance légale; et c'est toujours en considération de l'âge de vingt-cinq ans que les mots de « majorité » et de « minorité » sont employés en droit romain. L'état que le droit moderne fait aux pupilles ou mineurs répond assez exactement à la simple protection contre la trop grande jeunesse physique et mentale du jeune homme : il finit naturellement à l'âge de raison. Mais chez les Romains, il existait deux institutions différentes en théorie comme dans l'intention qui les avait fait établir, l'une pour protéger le pupille contre la faiblesse physique, et l'autre pour le protéger contre la faiblesse intellectuelle. Les idées

qui ont inspiré l'une et l'autre sont combinées dans l'idée moderne de tutelle.

Le droit relatif aux personnes ne contient qu'un autre chapitre que nous puissions signaler utilement pour l'objet de ce livre. Les règles légales par lesquelles les systèmes de jurisprudence pleinement développés fixent des rapports de maître et d'esclave, ne portent pas des traces bien distinctes de la condition commune aux anciennes sociétés. Mais il y a des motifs pour cette exception. Il semble y avoir quelque chose dans l'institution de l'esclavage qui, à toutes les époques, a choqué ou gêné les hommes, quelque peu habitués à la réflexion qu'ils fussent, et quelque médiocre que fût leur degré de culture des instincts moraux. Le malaise que les anciennes sociétés éprouvaient, presque sans s'en rendre compte, s'est manifesté par l'adoption de quelque principe imaginaire sur lequel on pût fonder la défense de l'esclavage, ou tout au moins rendre compte de cette institution. A une époque très-ancienne de leur histoire, les Grecs prétendirent que l'esclavage était fondé sur l'infériorité intellectuelle de certaines races, appelées ainsi par la nature à la condition servile. Les Romains, dans un esprit également digne d'être remarqué, fondèrent l'esclavage sur une convention supposée entre le vainqueur et le vaincu, dans laquelle le premier exigeait que son ennemi restât pour toujours à son service, et accordait en compensation la vie qu'il avait le droit de lui ôter. Ces théories n'étaient pas seulement

fausses; elles ne rendaient pas même compte d'une manière suffisante de l'esclavage. Mais elles exerçaient une influence puissante de plusieurs manières : elles satisfaisaient la conscience du maître, elles perpétuaient et aggravaient probablement l'avilissement de l'esclave, et elles tendaient naturellement à faire perdre de vue les rapports dans lesquels la servitude s'était trouvée à l'origine avec le reste du système domestique. Ces rapports, quoiqu'ils ne se manifestent pas clairement, se trouvent indiqués dans plusieurs parties du droit primitif et particulièrement dans le système type, celui de l'ancienne Rome.

On a dépensé beaucoup d'habileté et d'érudition aux États-Unis sur la question de savoir si, dans les premiers temps de la société, l'esclave était reconnu comme membre de la famille. Dans un sens on peut avec certitude répondre : Oui. Il est clair, par le témoignage de l'ancien droit et des premières histoires, que l'esclave pouvait, dans certaines conditions, être fait héritier ou successeur universel du maître, et cette faculté significative impliquait, comme je l'exposerai dans le chapitre des successions, que le gouvernement et la représentation de la famille pouvaient, en certaines circonstances, être dévolus à l'esclave. Il semble toutefois que les raisonnements américains sur cette matière supposent que, si nous accordons que l'esclavage ait été une institution de la famille primitive, nous admettons que la servitude des nègres de notre temps peut être défendue morale-

ment. Que veut-on dire donc lorsqu'on soutient que l'esclave était à l'origine membre de la famille? On ne veut pas dire que sa situation ne résultait pas des motifs les plus grossiers qui puissent déterminer un homme. Le simple désir d'employer les forces physiques d'une autre personne comme un moyen de se procurer du plaisir ou de l'aisance est sans contredit la cause de l'esclavage, et cette cause est aussi vieille que le genre humain. Lorsque nous parlons de l'esclave comme membre de la famille primitive, nous ne prétendons qualifier d'aucune façon les motifs de ceux qui l'ont mis ou tenu en esclavage; nous voulons dire seulement que le lien qui l'attachait au maître était considéré comme ayant le même caractère général qui celui qui unissait tous les autres membres du groupe à son chef. Cette conséquence résulte de la proposition que nous avons déjà soutenue, savoir : que, dans les idées primitives des hommes, on ne pouvait pas comprendre que les individus eussent entre eux d'autres rapports que ceux qui résultaient de la constitution de la famille. La famille se composait d'abord de ceux qui lui appartenaient par le sang, puis de ceux qui étaient entrés par adoption; mais il y avait encore une troisième classe de personnes qui ne s'y rattachaient qu'en ce qu'elles étaient soumises à l'autorité commune du chef : c'étaient les esclaves. Les sujets natifs et adoptifs du chef de famille étaient au-dessus de l'esclave par la certitude que, d'après le cours ordinaire des événements, ils devaient sortir de l'esclavage

et exercer eux-mêmes une puissance ; mais cette infériorité de l'esclave n'était pas telle qu'elle le rejetât hors de la famille ou qu'elle le dégradât au point de l'assimiler à un bien meuble ou immeuble : c'est ce que prouvent clairement, ce me semble, les nombreux témoignages qui attestent la capacité d'hériter qu'il avait autrefois, lorsqu'il ne restait pas d'héritiers de la famille. Il serait sans doute fort imprudent de faire des conjectures sur le point de savoir combien le sort de l'esclave pouvait être adouci, au commencement de la société, par la place qui lui était réservée dans l'empire du père de famille. Il est peut-être plus probable que le fils était assimilé à l'esclave, qu'il n'est probable que l'esclave ait eu quelque part à l'affection qu'on a montrée au fils dans les temps postérieurs. Mais on peut affirmer avec confiance que, quand la servitude existe sous l'empire de lois développées, l'esclave a des avantages plus grands sous les systèmes qui conservent quelque souvenir de son ancienne condition que dans les systèmes qui ont adopté quelque autre théorie de sa dégradation civile. Le point de vue auquel la jurisprudence considère l'esclave est toujours très-important pour lui. La tendance du droit romain à le considérer de plus en plus comme un article de propriété fut contenue par la théorie du droit naturel ; et de là vient que partout où la servitude existe sous des institutions profondément affectées par le droit romain, la servitude de l'esclave n'est jamais intolérable. Il y a des preuves nombreuses que dans les États amé-

ricains qui avaient pris pour base de leur jurisprudence le code très-romanisé de la Louisiane, le sort de la population nègre fut bien meilleur à plusieurs égards, jusqu'à ce que ce code eut été effacé par les lois récentes portées sous l'influence de la panique, que sous les institutions fondées sur le droit coutumier anglais qui, dans dans son interprétation récente, n'a pas de place pour l'esclave, et ne peut par conséquent le considérer que comme un cheptel.

Nous avons maintenant examiné toutes les parties de l'ancien droit des personnes qui touchent au sujet de ce ce traité, et j'espère que le résultat de notre enquête est de définir et de préciser nos idées sur l'enfance du droit. Les lois civiles des États se montrent d'abord comme les thémistes d'un patriarche-roi, et nous voyons que ces thémistes ne sont probablement qu'une forme développée des ordres absolus qui, dans une période antérieure, étaient adressés par le chef de chaque famille à ses femmes, à ses enfants, à ses esclaves. Mais même après l'organisation de l'État, les lois n'ont qu'une application très-limitée : soit qu'elles conservent leur caractère primitif de thémistes, soit qu'elles arrivent à l'état de coutume ou de textes codifiés, elles obligent non les individus, mais les familles. L'ancien droit, si l'on peut employer une comparaison peut-être trompeuse, peut être assimilé au droit international, et ne remplissait rien que les interstices existant entre les grands groupes, qui étaient les unités sociales. Dans une communauté

semblable, la législation des assemblées et la juridiction des tribunaux n'atteignent que les chefs de famille : pour tous les autres individus, la règle de conduite est le droit de la maison à laquelle il appartient, dont son père est le législateur. Mais la sphère du droit civil, petite au commencement, tend constamment à s'agrandir. Les agents des changements du droit, fiction, équité, législation, viennent l'un après l'autre frapper sur les institutions primitives; et à chaque progrès, un plus grand nombre de droits personnels et des propriétés plus importantes passent de la juridiction du père de famille à celle des tribunaux publics. Les ordonnances du gouvernement acquièrent graduellement dans les affaires privées la même force que dans les affaires de l'État, et ne peuvent plus être dominées par les ordres du despote assis près de chaque foyer. Nous avons dans les annales du droit romain une histoire presque complète de l'écroulement d'un système primitif et de la formation de nouvelles institutions sur des combinaisons nouvelles de matériaux : institutions dont quelques-unes sont arrivées sans altération jusqu'au monde moderne, tandis que les autres, détruites ou corrompues par le contact de la barbarie pendant les siècles d'ignorance, ont dû être reconquises par l'humanité. Lorsque nous laissons cette jurisprudence à l'époque de sa dernière reconstruction par Justinien, on n'y trouve que peu de traces de droit antique autre que la puissance étendue qui est encore conservée au père vivant. Dans toutes les autres

parties, des principes de convenance, ou de symétrie, ou de simplification, — de nouveaux principes en tout cas, — ont remplacé l'autorité des pauvres considérations qui suffisaient à la conscience des anciens temps. Partout une moralité nouvelle a déplacé les règles de conduite et les motifs d'assentiment qui répondaient aux anciennes coutumes, parce qu'en réalité ils étaient nés d'elles.

Le mouvement des sociétés progressives a été uniforme sous un rapport. Pendant toute sa durée, il a été remarquable par la dissolution graduelle de la dépendance de famille, qui a été remplacée peu à peu par les obligations individuelles. L'individu est constamment substitué à la famille comme l'unité sociale dont s'occupe le droit civil. Le progrès a été plus ou moins rapide, et il existe encore des sociétés dans lesquelles, bien qu'elles ne soient pas entièrement stationnaires, on ne peut apercevoir la décadence de l'ancienne organisation qu'au moyen d'études patientes. Mais quelle qu'ait été la rapidité de la marche du progrès, il n'a jamais subi ni réaction ni recul, et les retards apparents qu'il a éprouvés ont été occasionnés par l'absorption d'idées et de coutumes antiques venues d'une source étrangère. Et il n'est pas difficile de voir quel est le lien qui remplace peu à peu les formes de réciprocité de droit et de devoirs qui ont leur origine dans la famille : c'est le contrat. Partant, comme d'une station de l'histoire, d'un état social dans lequel tous les rapports des personnes se résument en

rapports de famille, nous semblons avoir marché constamment vers un ordre social dans lequel tous ces rapports naissent de la volonté libre des individus. Dans l'Europe occidentale, le progrès fait dans cette direction a été considérable. Ainsi l'état d'esclave a disparu, et a été remplacé par le rapport contractuel de serviteur à maître. L'état de femme en tutelle, si l'on comprend par tutelle une autre que celle du mari, a aussi cessé d'exister; depuis sa majorité jusqu'à son mariage, tous les rapports de la femme sont des rapports contractuels. De même l'état de fils en puissance n'a plus de place dans le droit des sociétés européennes modernes. Si une obligation civile lie le père et l'enfant devenu majeur, c'est une obligation à laquelle le contrat seul donne force légale. Les exceptions apparentes sont de celles qui confirment la règle. L'enfant mineur, l'orphelin en tutelle, l'aliéné, ont un état réglé par le droit des personnes. Mais pourquoi ? On invoque des motifs différents dans le langage conventionnel des différents régimes, mais en substance on arrive au même point. La grande majorité des jurisconsultes soutiennent que les personnes que nous venons de désigner sont soumises au contrôle extérieur, simplement parce qu'elles ne sont pas capables de juger de leurs propres intérêts; en d'autres termes, elles manquent de la première condition requise pour pouvoir s'obliger par contrat.

Le mot *état* peut être employé utilement dans une formule destinée à exprimer la loi du progrès que nous

venons d'indiquer et qui, quelle que soit sa valeur, me semble suffisamment constatée. Toutes les formes d'état mentionnées dans le droit des personnes viennent des pouvoirs et priviléges que possédait autrefois la famille, et qui sont quelquefois encore invoqués. Si donc nous employons le mot état, comme les meilleurs écrivains, dans le sens de ces conditions personnelles seulement, et ne l'appliquons pas aux conditions qui sont de près ou de loin le résultat d'une convention, nous pouvons dire que le mouvement des sociétés progressives a jusqu'à présent consisté à passer *de l'état au contrat*.

CHAPITRE VI.

Histoire ancienne de la succession testamentaire.

Si l'on essayait de prouver en Angleterre la supériorité de la méthode historique sur les manières d'étude de la jurisprudence qui sont à la mode chez nous, aucune partie du droit ne pourrait mieux servir d'exemple que celle qui traite des testaments. Elle doit ce caractère à sa durée et à sa continuité. Au commencement de son histoire, nous nous trouvons dans l'enfance de l'état social, entourés d'idées auxquelles il faut quelque effort d'esprit pour rendre leur ancienne forme ; tandis qu'ici, au point d'arrivée du progrès, nous sommes entourés de notions de droit qui ne sont autre chose que celles des premiers temps, déguisées par une phraséologie et des habitudes de pensée qui appartiennent au temps moderne et présentent, par conséquent, une difficulté d'une autre espèce, celle de croire que les idées qui font partie de notre capital intellectuel de chaque jour aient besoin d'analyse et d'examen. On peut suivre très-dictinctement entre ces deux points extrêmes les progrès du droit sur les testaments. Ils ont été beaucoup

moins interrompus par la naissance de la féodalité que ceux de la plupart des branches du droit. Il est vrai que, pour toutes les parties de la jurisprudence, on a grandement exagéré la rupture causée par le passage de l'histoire ancienne à l'histoire moderne, ou, en d'autres termes, par la dissolution de l'empire romain. Un grand nombre d'écrivains n'ont pas voulu se donner la peine de rechercher les fils d'une trame mêlée et cachée par six siècles de troubles, tandis que d'autres, qui ne manquaient ni de patience ni d'habileté, ont été égarés par le vain orgueil que leur inspirait le droit de leur pays et par leur répugnance à avouer les obligations qu'ils avaient au droit romain. Mais ces influences défavorables ont eu relativement peu d'effet sur ce qui touche au droit testamentaire. Les barbares avouaient leur ignorance de toute idée semblable à celle de testament. Les meilleures autorités conviennent qu'il n'en existe aucune trace dans les parties de leurs codes qui comprennent les coutumes observées par eux dans leur première patrie et dans leurs établissements sur la frontière romaine. Mais dès qu'ils se mêlèrent à la population des provinces romaines, ils empruntèrent à la jurisprudence impériale l'idée de testament, partiellement à l'origine, et plus tard dans son intégrité. L'influence de l'Église contribua beaucoup à cette rapide assimilation. Le pouvoir ecclésiastique avait de bonne heure hérité des priviléges qu'avaient possédés plusieurs temples païens de garder et d'enregistrer les testa-

ments ; et ce fut ainsi que les fondations religieuses durent leurs biens temporels presque exclusivement à des legs particuliers. Voilà pourquoi les anciens conciles provinciaux sont remplis d'anathèmes contre ceux qui nient la sainteté des testaments. Chez nous, en Angleterre, l'influence de l'Église fut certainement une des principales causes qui, de l'aveu de tous, ont empêché l'interruption de l'histoire du droit testamentaire, tandis qu'on suppose l'existence d'une interruption semblable dans d'autres parties de la jurisprudence. La juridiction sur une classe de testaments fut attribuée aux tribunaux ecclésiastiques, qui lui appliquèrent, non toujours avec intelligence, les principes du droit romain ; et quoique ni les tribunaux de droit commun, ni la Cour de la chancellerie, ne fussent obligés à suivre les tribunaux ecclésiastiques, ils ne purent échapper à l'influence puissante d'un système de règles fixes appliquées à côté d'eux. Le droit anglais relatif à la succession des biens personnels (*personalties*) est devenu une forme modifiée des dispositions qui régissaient l'héritage des citoyens romains.

Il n'est pas difficile d'indiquer la grande différence des conclusions auxquelles on arrive en traitant le sujet historiquement et de celles auxquelles nous serions conduits si, sans le secours de l'histoire, nous tâchions d'analyser nos premières impressions. Je suppose qu'il n'est personne qui, partant de l'idée vulgaire ou même légale d'un testament, ne s'imaginât que certaines con-

ditions y sont nécessairement attachées On dirait, par exemple, qu'un testament n'a d'effet qu'à la mort du testateur ; qu'il est secret, c'est-à-dire non connu des personnes intéressées dans ses dispositions ; qu'il est révocable, c'est-à-dire toujours susceptible d'être remplacé par un nouveau testament. Cependant je pourrais montrer qu'il y eut une époque où aucune de ces conditions n'était attachée à un testament. Les testaments romains, desquels descendent directement les nôtres, produisaient effet à l'origine aussitôt qu'ils étaient faits ; ils n'étaient pas secrets ; ils n'étaient pas révocables. Peu d'actes légaux sont en réalité le résultat de causes historiques plus complexes que celui par lequel les intentions écrites d'un individu règlent la disposition de ses biens après son décès. C'est lentement et peu à peu que les testaments ont réuni les conditions que j'ai mentionnées, sous l'influence de causes et sous la pression d'événements qu'on peut appeler fortuits, ou qui, en tout cas, n'ont aucun intérêt pour nous aujourd'hui, si ce n'est en ce sens qu'ils ont affecté l'histoire du droit.

A une époque où les théories légales étaient plus nombreuses qu'aujourd'hui, — théories, il est vrai, qui étaient pour la plupart gratuites et prématurées, mais qui cependant préservaient la jurisprudence de la condition pire et plus ignoble, qui ne nous est pas inconnue, où on n'aspire à aucune généralisation et où l'on considère le droit comme chose empirique, — on avait

l'habitude d'expliquer la facilité que nous avons à comprendre comme d'intuition les qualités d'un testament en disant qu'elles étaient naturelles, ou pour s'exprimer plus complétement, qu'elles y étaient attachées par le droit naturel. Personne, j'imagine, ne pourrait soutenir cette doctrine, lorsqu'il est constaté que tous les caractères du testament ont pris naissance dans les temps historiques. En même temps, les vestiges de la théorie dont cette doctrine est née, subsistent dans des expressions dont nous nous servons tous et dont il nous est difficile de nous passer. C'est ce que je puis montrer en mentionnant une proposition fréquemment émise dans la littérature juridique du dix-septième siècle. Les juristes de cette époque affirment fréquemment que la faculté de tester elle-même est de droit naturel, que c'est un droit conféré par la loi de nature. Cette doctrine est acceptée en substance, sans qu'on s'en rende bien compte, par ceux qui affirment que le droit de disposer des biens après la mort est une conséquence naturelle et nécessaire du droit de propriété. Tous ceux qui ont étudié la jurisprudence pratique, ont rencontré la même idée revêtue du langage d'une école différente, qui, lorsqu'elle rend compte de cette partie du droit, dit que la succession par testament est le mode de transmission des biens des personnes décédées, qu'on devrait adopter naturellement, et que la succession ab intestat est une disposition par laquelle le législateur supplée à une formalité que le défunt n'a pu remplir par malheur ou par négli-

gence. Ces opinions ne sont que des formes développées de la doctrine qui se résume dans cette proposition : que le droit de tester appartient à la loi de nature. On ne peut jamais se prononcer dogmatiquement sur l'étendue de l'association d'idées qui a lieu chez les modernes, lorsqu'elle porte sur la nature et sa loi ; mais je crois que la plupart des personnes qui soutiennent que la faculté de tester est de droit naturel comprennent : ou qu'en fait cette faculté est universelle, ou que les nations sont portées à la sanctionner par un instinct ou une impulsion naturelle. Quant à la première de ces suppositions, je crois que si on la formule, elle ne pourra pas être sérieusement soutenue dans un siècle qui a vu les restrictions sévères portées contre le droit de tester dans le code Napoléon, et qui a vu se multiplier successivement les systèmes de droit auxquels les codes français ont servi de modèle. A la seconde proposition, nous pouvons répondre qu'elle est contraire aux faits les mieux constatés de l'histoire de l'ancien droit, et j'affirme d'une manière générale que, dans toutes les sociétés primitives, un état de jurisprudence dans lequel il n'y avait pas de testament et dans lequel on n'y songeait pas, a précédé l'état de développement juridique dans lequel le législateur permet, sous des restrictions plus ou moins étendues, que la simple volonté du propriétaire passe avant les prétentions de ses parents.

L'idée de testament ne peut pas être étudiée isolément : elle fait partie d'une suite d'idées dont elle n'est

pas la première. En lui-même, le testament est simplement l'acte par lequel l'intention du testateur est énoncée. Il est clair, ce me semble, qu'avant de discuter cet acte on a dû examiner plusieurs questions préliminaires, et, par exemple, qu'est-ce à dire, quelle sorte de droit ou d'intérêt naît d'un mourant au moment de son décès? A qui et dans quelle forme passe ce droit? Comment est-il possible qu'un homme puisse disposer de ses biens quand il n'existe plus? Mise en langage juridique, la liaison des diverses idées qui rentrent dans l'idée de testament s'exprime ainsi : « Un testament est un acte qui règle la dévolution d'un héritage; l'héritage est une forme de succession universelle; une succession universelle est la succession à une *universitas juris*, c'est-à-dire à un ensemble de droits et de devoirs. » Si nous renversons l'ordre que nous avons suivi, nous rechercherons ce qu'est une *universitas juris*; ce qu'est une succession à titre universel; quelle est la forme de succession universelle qu'on appelle héritage. Il y a de plus deux autres questions indépendantes, jusqu'à un certain point, de celles que j'ai mentionnées, mais auxquelles il faut répondre avant d'épuiser cette matière de testament : comment la volonté du testateur a-t-elle pu décider de l'héritage et quelle est la nature de l'acte par lequel il a pu en disposer?

La première question se rapporte à l'*universitas juris*, c'est-à-dire à une généralité, à un faisceau de droits et de charges. Une *universitas juris* est une collection de

droits et de charges réunis par la circonstance qu'ils ont appartenu dans un temps à une même personne. C'est en quelque sorte la dépouille légale d'un individu déterminé : elle n'est pas formée par un groupement de certains droits et de certaines charges : elle ne peut être constituée qu'en prenant tous les droits et toutes les charges d'une personne déterminée. Le lien qui unit un certain nombre de droits de propriété, droits de passage, droits à des legs, droits de faire des choses déterminées et des dettes, des obligations d'indemniser pour des torts causés, ce qui unit tous ces droits et charges de façon à en faire une *universitas juris*, est le *fait* qu'ils ont appartenu à un individu capable de les exercer. Sans ce *fait* il n'y a pas d'ensemble de droits et de charges. L'expression *universitas juris* n'est pas classique; mais quant à l'idée, elle est due exclusivement au droit romain et n'est pas difficile à comprendre. Il nous suffit de réunir en une seule conception l'ensemble des rapports légaux qui existent entre chacun de nous et le reste des hommes. L'ensemble de ces rapports, quels qu'en soient les éléments et le caractère, forme par leur réunion une *universitas juris*; et il n'y a pas de danger de se tromper en concevant cette idée, si nous nous souvenons bien que les charges en font partie aussi bien que les droits. Nos charges peuvent dépasser nos droits. Un homme peut devoir plus qu'il n'a et, par conséquent, si l'on évalue l'ensemble de ses rapports légaux, il peut être insolvable. Mais, malgré tout cela, le groupe des droits

et des charges dont il est le centre, n'est pas moins une *juris universitas.*

Nous passons ensuite à la succession universelle. C'est la succession à une *universitas juris* : elle a lieu lorsqu'un homme est investi de la dépouille légale d'un autre, et devient passible des dettes de celui-ci en même temps qu'il acquiert tous ses droits. Pour que la succession universelle soit vraie et parfaite, la dévolution doit avoir lieu d'un seul coup, *uno ictu,* comme disent les juristes. On peut concevoir qu'un homme acquière la totalité des droits et des charges d'un autre à différentes époques, comme, par exemple, par des achats successifs; ou il peut l'acquérir à différents titres, en partie comme héritier, en partie comme acheteur, en partie comme légataire. Mais, quoique le groupe de droits et de charges ainsi formé embrassât toute la personnalité légale d'un individu déterminé, son acquisition ne serait pas une succession universelle. Pour qu'il y ait véritablement succession universelle, la transmission doit avoir lieu de telle sorte que l'ensemble des droits et des charges passe au même moment et en vertu de la même capacité légale en celui qui acquiert. La notion de succession universelle, comme celle d'*universitas juris,* est permanente dans le droit, quoique en Angleterre elle soit obscurcie par la grande variété de titres en vertu desquels les droits sont acquis, et surtout par la distinction entre les deux grandes provinces de la propriété anglaise, *biens réels* et *biens personnels* (*realty* et *personalty*). La succes-

sion du syndic d'une faillite à tous les biens du failli est toutefois une succession universelle, quoique le syndic ne paye les dettes que jusqu'à concurrence de l'actif, ce qui est seulement une modification de la notion primitive. S'il était fréquent entre nous qu'un homme prît tous les biens d'un autre à la condition de payer toutes ses dettes, ces transferts ressembleraient exactement aux successions universelles de l'ancien droit romain. Lorsqu'un citoyen romain *adrogeait* un fils, c'est-à-dire adoptait un homme qui n'était pas déjà sous la *patria potestas*, il succédait universellement aux biens de son fils adoptif, c'est-à-dire qu'il prenait tous les biens et devenait passible de toutes les obligations. On trouve dans le droit romain primitif plusieurs autres formes de succession universelle, mais la plus importante de beaucoup et la plus durable de toutes est celle dont nous nous occupons actuellement, l'*hæreditas* ou hérédité. L'hérédité était la succession universelle par suite de décès. Le successeur universel était *hæres* ou héritier; il prenait à la fois tous les droits et toutes les charges du défunt, était revêtu de toute la personnalité légale de celui-ci. Il n'est pas besoin d'ajouter que la condition de l'héritier était la même, soit qu'il fût nommé par testament, soit qu'il héritât ab intestat. Le mot *hæres* n'est pas employé plus solennellement pour la succession ab intestat que pour la succession testamentaire, parce que la manière dont on devenait héritier était étrangère au caractère légal d'héritier. Le successeur universel du

défunt, qu'il le fût devenu ab intestat ou par testament, était son héritier. Mais l'héritier n'était pas nécessairement une seule personne : un groupe de personnes, considéré en droit comme une unité, pouvait prendre l'hérédité en qualité de cohéritier.

Rappelons la définition ordinaire de l'héritage en droit romain : le lecteur pourra apprécier la force de chacun des termes qui la composent. *Hæreditas est successio in universum jus quod defunctus habuit,* « l'héritage est la succession à l'ensemble des droits du défunt. » Cette notion consiste en ceci : que bien que la personne physique du défunt ait disparu, sa personnalité légale a survécu et a passé tout entière à son héritier ou à ses cohéritiers, qui la continuent en ce qui touche le droit. Notre droit, qui constitue l'exécuteur ou administrateur comme représentant du défunt jusqu'à concurrence des biens laissés par celui-ci, peut jeter de la lumière sur la théorie d'où il vient, mais il ne l'explique pas. Le droit romain jusque dans les derniers temps exigeait une correspondance étroite entre la position du défunt et celle de son héritier qui n'a pas d'équivalent dans la représentation anglaise ; et dans la jurisprudence primitive, tout tendait à la continuité de succession. Le testament était sans effet s'il ne contenait pas une disposition pour la transmission immédiate des droits et charges du défunt à l'héritier ou aux cohéritiers.

Dans le droit moderne sur les testaments, comme dans le droit romain des derniers temps, on cherche avant

tout à remplir les intentions du testateur. Dans l'ancien droit romain, on cherchait avant tout à assurer la succession universelle. L'un de ces principes nous semble dicté par le sens commun, tandis que l'autre nous paraît un caprice inutile. Cependant il est parfaitement certain que, sans ce second principe, on ne serait jamais arrivé au premier.

Pour expliquer ce paradoxe apparent et pour jeter plus de lumière sur les idées que je travaille à exposer, je rappellerai le résultat de recherches qui se trouvent au commencement du chapitre précédent. Nous avons remarqué un caractère particulier de l'enfance de toute société. Les hommes sont considérés et traités, non comme individus, mais comme membres d'un groupe déterminé. Tout individu est d'abord un citoyen, puis, comme citoyen, membre d'une classe, d'une aristocratie ou d'une démocratie, du patriciat ou de la plèbe ; ou si la société dans laquelle il a eu le malheur de naître se trouve pervertie dans ses développements, il est membre d'une caste : ensuite il est membre d'une *gens*, maison ou clan ; enfin il est membre de sa famille. Cette dernière relation est la plus étroite et la plus personnelle ; et, quelque paradoxale que semble cette affirmation, il n'est jamais considéré comme *lui-même*, comme une personne distincte : son individualité est absorbée dans sa famille. Je répète la définition que j'ai donnée plus haut de la société primitive : elle a pour unité, non des individus, mais des

groupes d'hommes unis par une parenté réelle ou supposée.

C'est dans ce caractère d'une société primitive que nous saisissons la première trace d'une succession universelle. Si l'on prend pour terme de comparaison l'organisation d'un État moderne, les républiques des temps primitifs peuvent être considérées comme consistant en un certain nombre de petits gouvernements despotiques, dont chacun, parfaitement distinct des autres, est gouverné par le pouvoir absolu d'un chef. Mais, quoique le patriarche, car nous ne pouvons pas l'appeler encore *pater familias*, ait ces droits étendus, on ne peut douter qu'il ne soit soumis à des obligations non moins étendues. S'il gouverne la famille, c'est pour l'avantage de celle-ci; s'il est maître de ses biens, c'est comme administrateur pour ses enfants et parents; il n'a ni privilége ni position distincte de celle que lui font ses rapports à la petite communauté qu'il gouverne. La famille est en réalité une corporation dont il est le représentant, nous pourrions presque dire l'officier public. Il avait des droits et supportait des charges, mais droits et charges étaient aux yeux de ses concitoyens et devant le droit autant les droits et charges de la famille que les siens propres. Étudions un peu les effets que devait produire le décès de ce représentant. Devant la loi et le magistrat de la cité, cette mort de l'autorité domestique devait être un événement parfaitement insignifiant. La personne qui représentait le groupe de la famille, et

qui était responsable pour elle devant la juridiction publique, portait un autre nom, et c'était tout. Les droits et obligations du chef de famille défunt passaient sans solution de continuité à son successeur; car, en fait, ces droits et obligations étaient ceux de la famille, et la famille avait le caractère distinctif d'une corporation, elle ne mourait pas. Les créanciers avaient les mêmes actions contre le nouveau chef que contre l'ancien; car les dettes, étant celles de la famille existante, n'éprouvaient aucune altération. Tous les droits appartenant à la famille étaient aussi valables après la mort de son chef qu'auparavant; seulement, si l'on peut employer un langage précis et technique lorsqu'on parle de ces anciens temps, la corporation était obligée d'ester en justice sous un nom un peu modifié.

Il faut suivre l'histoire du droit dans toute son étendue si nous voulons comprendre comment, peu à peu et bien tard, la société s'est divisée en unités comme celles qui la composent aujourd'hui, par quels degrés insensibles les rapports d'homme à homme ont remplacé les rapports de l'individu avec la famille et des familles entre elles. Le point que nous devons signaler est que, même lorsque la révolution semblait complète, lorsque le magistrat avait presque remplacé le père de famille, lorsque les tribunaux civils avaient pris la place du forum domestique, l'arrangement des droits et des charges administrés par les autorités judiciaires gardait la forme que lui avaient donnée les anciens pouvoirs dont il por-

tait la trace dans toutes ses parties. Il est à peu près certain que la transmission de l'*universitas juris* sur laquelle le droit romain insiste si fortement comme la première condition de la succession ab intestat ou testamentaire, était un trait de l'ancienne société dont on n'avait pu se débarrasser dans la société nouvelle, quoiqu'il ne fût plus véritablement en rapport avec celle-ci. Il semble que la prolongation de l'existence légale d'un homme par son héritier ou par un groupe de cohéritiers, n'est ni plus ni moins que le caractère d'une *famille* transmis par une fiction à l'*individu*. La succession est nécessairement universelle dans les corporations, et la famille était une corporation. Les corporations ne meurent pas : le décès de leurs membres ne touche pas l'existence collective du corps et n'affecte pas sa position légale, ni son avoir, ni ses charges. Dans l'idée de la succession universelle des Romains, toutes ces qualités de la corporation semblent avoir passé à l'individu. La mort physique n'a aucun effet sur la position légale qu'il occupait, d'après le principe que cette position se rapproche autant que possible de celle d'une famille, qui, en sa qualité de corporation, n'est pas exposée à la mort physique.

Je remarque qu'un grand nombre de juristes du continent ont de la peine à comprendre la liaison des idées mêlées dans celle de succession universelle, et il n'y a peut-être aucune partie de la philosophie du droit sur laquelle leurs spéculations aient moins de valeur. Mais celui qui étudie le droit anglais ne doit pas courir le ris-

que de se tromper dans l'analyse de l'idée que nous examinons. Elle est éclairée pour lui par une fiction de notre droit qui est familière à tous les légistes. Les légistes anglais classent les corporations en corporations agrégées (*aggregate*) et corporations seules (*sole*). La corporation agrégée est une véritable corporation; mais la corporation seule est un individu, membre d'une série d'individus, qui est investi par une fiction des qualités d'une corporation. J'ai à peine besoin de citer comme exemple de corporation seule le roi, ou le curé d'une paroisse. La capacité ou la fonction est considérée dans ce cas comme distincte de l'individu qui la remplit pendant un temps, et cette fonction étant perpétuelle, la série des personnes qui la remplissent possède l'attribut principal des corporations, la perpétuité. Eh bien, dans l'ancienne théorie du droit romain, l'individu avait avec la famille précisément les mêmes rapports qui, dans la théorie du droit anglais, existent entre la corporation seule et la corporation agrégée. La dérivation et l'association des idées sont exactement les mêmes. En réalité, si nous disons que, dans le droit romain relatif aux testaments, chaque citoyen était une corporation seule, non-seulement nous comprendrons pleinement l'hérédité, mais nous aurons constamment à notre disposition la supposition d'où naissait cette idée. C'est un axiome chez nous que le roi ne meurt jamais, parce qu'il est une corporation seule. Ses fonctions sont immédiatement remplies par son successeur, et la continuité du règne est

censée non interrompue. Les Romains trouvaient également simple et naturel d'éliminer le fait de la mort de la transmission des droits et obligations. Le testateur vivait dans son héritier ou dans le groupe de ses cohéritiers. En droit, ce n'était qu'une même personne, et si les dispositions testamentaires violaient, même implicitement, le principe qui unissait son existence actuelle et son existence posthume, la loi n'admettait pas cet acte défectueux, et attribuait l'héritage aux parents du sang dont la capacité pour remplir les conditions d'héritier résultait de la loi elle-même, et non d'un document qui pouvait être mal rédigé.

Lorsqu'un citoyen romain mourait sans testament ou avec un testament nul, ses descendants ou parents devenaient ses héritiers suivant un ordre qui va être décrit. La personne ou la classe de personnes qui succédait ne représentait pas simplement le défunt, mais, conformément à la théorie qu'on vient d'exposer, il continuait sa vie civile, son existence légale. La même chose arrivait lorsque l'ordre de succession était déterminé par un testament; mais la théorie de l'identité du défunt et des héritiers était certainement plus ancienne que toutes les formes de testament et que toutes les phases de la jurisprudence testamentaire. Nous voici arrivés au moment de parler d'un doute qui prendra plus de force à mesure que nous sonderons plus profondément cette matière : celui de savoir si les testaments auraient existé en l'absence de ces idées remarquables qui se

rattachent à la succession universelle. Le droit testamentaire est l'application d'un principe qu'on peut expliquer par diverses hypothèses philosophiques aussi plausibles que gratuites ; il pénètre dans tous les détails de la société moderne, et peut être défendu par les plus larges considérations d'utilité publique. Mais nous ne saurions jamais trop répéter cet avertissement : que la grande cause des erreurs dans les questions de droit est l'idée que les motifs qui nous déterminent aujourd'hui à maintenir une institution existante ont nécessairement quelque chose de commun avec les sentiments qui firent établir cette institution. Il est certain que dans l'ancien droit romain relatif aux successions, la notion d'un testament se mêle complétement, je pourrais même dire se confond avec la théorie de l'existence posthume du défunt dans la personne de son héritier.

L'idée de succession universelle, quoique bien enracinée dans le droit, ne s'est pas présentée spontanément aux rédacteurs de tous les corps de lois. Partout où on la trouve, elle vient du droit romain, et avec elle une suite de règles de droit sur les testaments et les dons testamentaires, que les praticiens modernes appliquent sans voir les rapports qui les lient à la théorie dont ils descendent. Mais dans le droit romain pur, le principe qu'un homme vit dans son héritier, l'élimination de la mort, si l'on peut ainsi dire, est trop évidemment le centre autour duquel se déroulent toutes les lois de succession testamentaire et ab intestat, pour qu'il soit

possible de s'y tromper. La sévérité inflexible du droit romain à faire observer la théorie dominante suffirait à faire comprendre que cette théorie venait de quelque chose de primitif dans la constitution de la société romaine ; mais au lieu de cette simple présomption, nous en avons des preuves. Plusieurs expressions techniques, qui remontent à l'origine des testaments à Rome, ont été par hasard conservées. Nous avons dans Gaïus la formule d'investiture par laquelle était créé le successeur universel : nous connaissons l'ancien nom par lequel était désignée à l'origine la personne appelée plus tard héritier : nous avons le texte de la célèbre disposition des douze tables par laquelle la facullé de tester fut expressément reconnue ainsi que les dispositions qui réglaient la succession ab intestat. Toutes ces rédactions antiques ont un caractère marqué : elles indiquent que ce qui était transmis du testateur à l'héritier était la famille, c'est-à-dire l'ensemble des droits et des charges contenus dans la *patria potestas* et naissant de celle-ci. Dans trois exemples, les biens matériels ne sont pas mentionnés ; dans les deux autres, ils sont nommés comme une dépendance de la famille. Le testament primitif était donc un acte ou une procédure (car il est probable qu'à l'origine il n'était pas écrit) pour régler la transmission de la famille. C'était une manière de déclarer qui succéderait comme chef au testateur. Lorsque l'on comprend que les testaments ont eu cet objet à l'origine, on voit tout de suite comment ils se

trouvèrent liés à un des restes les plus curieux de l'ancienne religion et de l'ancien droit, aux *sacra* ou rites de famille. Ces *sacra* étaient la forme romaine d'une institution que l'on trouve partout où la société ne s'est pas débarrassée complétement de ses formes primitives. Ce sont les sacrifices et cérémonies qui rappellent la parenté dans la famille ; ils sont le gage et le témoignage de sa perpétuité. Quelle que soit leur nature, qu'il soit vrai ou non que, dans tous les cas, ces cérémonies honorent un ancêtre fabuleux, elles sont partout employées pour attester le caractère sacré des relations de famille ; et c'est pourquoi elles deviennent plus significatives et plus importantes chaque fois que la continuité de la famille est menacée par un changement dans la personne de son chef. Aussi en est-il question surtout à propos de la transmission de la souveraineté domestique. Chez les Hindous, le droit d'hériter des biens d'un homme est exactement aussi étendu que le droit de célébrer ses funérailles. Si les rites ne sont pas exactement accomplis ou ne le sont pas par celui qui doit les accomplir, il n'y a plus de rapports entre le défunt ou aucun de ceux qui lui survivent, la succession n'a pas lieu, et personne ne peut hériter des biens. Tout grand événement dans la vie du Hindou semble lié à ces rites : s'il se marie, c'est pour avoir des enfants qui puissent les célébrer après sa mort ; s'il n'a pas d'enfants, il est fortement obligé d'en adopter d'une autre famille « en vue, dit le légiste hindou, du gâteau

et de l'eau funéraire et du sacrifice solennel. » La sphère des *sacra* romains au temps de Cicéron n'était pas moins étendue : elle embrassait l'héritage et l'adoption. Une adoption ne pouvait avoir lieu sans qu'il eût été pourvu aux *sacra* de la famille d'où sortait l'adopté, et un testament ne pouvait partager un héritage sans déterminer exactement comment les depenses de ces cérémonies devaient être réparties entre les divers cohéritiers. Les différences entre le droit romain de cette époque, où nous voyons pour la dernière fois les *sacra* et le régime existant aujourd'hui dans l'Inde, sont fort instructives. Chez les Hindous, l'élément religieux est devenu prédominant dans le droit : les sacrifices de famille sont devenus la clef de voûte du droit des personnes et d'une grande partie du droit relatif aux choses. Ils ont même acquis une extension monstrueuse, car il est probable que le sacrifice des veuves aux funérailles de leur mari, pratique continuée par les Hindous jusqu'aux temps historiques, et rappelée dans les traditions de plusieurs peuples indo-européens, fut une addition aux cérémonies primitives, sous l'influence de l'idée, qui accompagne toujours celle de sacrifice, que le sang humain est la plus précieuse de toutes les offrandes. Chez les Romains, au contraire, les obligations légales et les devoirs religieux ont cessé d'être mêlés. La nécessité de célébrer les *sacra* n'y fait pas partie du droit civil ; les *sacra* sont sous la juridiction séparée du collége des pontifes. Les lettres de Cicéron à Atticus, qui y font souvent

allusion, nous montrent clairement que les *sacra* étaient une lourde charge pour les héritiers ; mais le point de développement où le droit se sépare de la religion était passé, et nous devons nous attendre à les voir entièrement disparaître dans le droit postérieur.

Dans le droit hindou, il n'y a pas de véritable testament : la place du testament est remplie par l'adoption. Nous pouvons voir maintenant le rapport qui lie le pouvoir de tester et la faculté d'adopter, et la raison pour laquelle l'exercice de l'un et de l'autre appelle une sollicitude particulière pour la célébration des *sacra*. Le testament et l'adoption altèrent également la descendance naturelle de la famille ; mais ce sont évidemment des procédés pour empêcher l'interruption totale de cette descendance, lorsqu'il n'y a pas de parents pour la continuer. Des deux expédients, l'adoption, la création d'une parenté factice est le seul qui se soit présenté à l'esprit de la plupart des sociétés primitives. Les Hindous ont fait un pas en avant sur l'ancienne pratique en accordant à la veuve le droit d'adopter, lorsque le père a négligé d'adopter, et il y a dans le Bengale des coutumes locales où on trouve quelques traces de la faculté de tester. Mais c'est aux Romains qu'appartient l'honneur d'avoir inventé le testament, institution qui, après le contrat, a exercé la plus grande influence sur la transformation des sociétés humaines. Prenons garde de lui attribuer dans la première forme les fonctions qu'il n'a remplies que plus

récemment. Ce n'était pas à l'origine une manière de distribuer les biens d'un homme après son décès, mais une des manières de faire passer la maison sous un nouveau chef. Les biens passent sans contredit à l'héritier, mais seulement parce que le gouvernement de la famille emporte avec lui le pouvoir de disposer du capital commun. Nous sommes encore bien loin de cette époque de l'histoire des testaments dans laquelle ils deviennent un moyen puissant de modifier la société en stimulant la circulation des biens et en étendant les droits du propriétaire. Ces conséquences ne semblent pas avoir été associées avec l'idée du pouvoir testamentaire, même chez les derniers jurisconsultes romains. On verra que les testaments n'ont jamais été considérés dans la société romaine comme un moyen de partager les biens et la famille ou de créer une variété d'intérêts mêlés, mais plutôt comme un moyen de pourvoir au sort des membres d'une famille mieux que par les règles de la succession ab intestat. Nous pouvons soupçonner que les associations d'idées qui, dans la tête d'un Romain, se liaient à celle de testament étaient extrêmement différentes de celles qui nous sont familières. L'habitude de considérer l'adoption et le testament comme des manières de continuer la famille, ne peut manquer d'avoir contribué au relâchement singulier des idées romaines quant à la succession du pouvoir souverain. Il est impossible de ne pas voir que la succession des premiers empereurs romains fut considérée comme assez

régulière et que, malgré tous les événements, on ne trouvait pas absurde la prétention de princes comme Théodose et Justinien à s'appeler César et Auguste.

Lorsque les phénomènes des sociétés primitives apparaissent au jour, il semble impossible de discuter une proposition que les légistes du dix-septième siècle considéraient comme douteuse, savoir: que la succession ab intestat est plus ancienne que la succession testamentaire. Cette question vidée, il s'en présente une autre fort intéressante, celle de savoir comment et sous quelles conditions il fut permis pour la première fois de disposer de l'autorité de chef de famille, et par suite, de la distribution des biens après la mort du testateur. La rareté du droit de tester dans les sociétés primitives rend très-difficile la solution de cette question. Il n'est pas certain que le droit de tester ait été véritablement connu dans une société primitive autre que la romaine. On en trouve des éléments çà et là, mais dans la plupart des cas on peut soupçonner une origine romaine. Le testament athénien était sans aucun doute indigène, mais aussi nous verrons bientôt que ce n'était qu'un commencement de testament. Quant aux testaments dont il est question dans les codes qui nous ont été transmis comme collection des lois des conquérants de l'empire romain, ils ont presque certainement une origine romaine. La critique allemande la plus pénétrante s'est appliquée récemment à ces *leges barbarorum*, afin de détacher de chaque système les règles qui for-

maient la coutume de la tribu dans sa demeure primitive des parties empruntées aux lois romaines. Dans ce travail, on est invariablement arrivé à ce résultat : que le noyau des anciennes lois ne contient pas trace de testament. Partout où le droit de tester existe, il a été emprunté au droit romain ; de même, l'espèce de testament qui, me dit-on, se trouve dans le droit juif des rabbins, a été attribué au contact avec les Romains. La seule forme de testament qui, en dehors des sociétés grecque et romaine, puisse avec quelque raison être considérée comme indigène, est celle que reconnaissent les coutumes du Bengale; et le testament du Bengale, que quelques personnes supposent inventé par les juristes anglo-indiens, est tout au plus un testament rudimentaire.

Les témoignages tels que nous les possédons semblent indiquer qu'à l'origine les testaments n'avaient lieu qu'à défaut de personnes qui eussent droit à l'héritage par suite d'une parenté réelle ou factice. Ainsi, lorsque les citoyens d'Athènes furent autorisés pour la première fois par les lois de Solon à faire testament, il leur fut interdit de déshériter leur descendant mâle en ligne directe. Ainsi le testament du Bengale ne règle la succession qu'autant que le permettent certains droits de la famille qui priment le pouvoir du testateur. Ainsi les institutions primitives des Juifs n'ayant pas admis la faculté de tester, la jurisprudence rabbinique postérieure, qui prétend suppléer aux omissions de la loi

mosaïque, admet le droit de tester lorsque tous les parents susceptibles d'hériter d'après la loi mosaïque sont morts ou ne peuvent être connus. Les limitations imposées à la faculté de tester par les anciennes lois germaniques sont également significatives et vont dans la même direction. Ce qu'il y a de particulier dans la plupart de ces lois germaniques, dans la forme où nous les connaissons, c'est que, à côté de l'*allod* ou domaine de chaque famille, elles reconnaissent plusieurs sortes de propriétés subordonnées, dont chacune probablement représente une transfusion particulière des principes romains dans les coutumes teutoniques primitives. La propriété germanique primitive ou allodiale est strictement réservée aux parents. Non-seulement on n'en peut disposer par testament, mais elle ne peut guère être aliénée entre-vifs. L'ancienne loi germanique, comme celle des Hindous, rend les enfants mâles copropriétaires avec leur père, et le domaine de la famille ne peut être aliéné que du consentement de tous ses membres. Mais les propriétés d'une autre sorte, d'origine moderne et de moindre dignité que les possessions allodiales, sont beaucoup plus facilement aliénées que celles-ci et suivent des règles plus douces, quant à la transmission après décès. Les femmes et les descendants des femmes y succèdent, évidemment d'après le principe que ces propriétés sont hors de l'enceinte sacrée réservée aux agnats. C'est sur ces dernières sortes de biens, et sur elles seules, que s'étendit

au commencement la faculté de tester empruntée au droit romain.

Ces quelques indications peuvent ajouter du poids à ce qui semble l'explication la plus probable d'un fait constaté dans l'histoire primitive des testaments romains. Il est établi par des autorités nombreuses que les testaments, pendant la première période de Rome, étaient faits dans les *comitia calata*, c'est-à-dire dans les comices par curies ou parlement des bourgeois patriciens de Rome, réunis pour affaires privées. Cette manière de faire testament a suggéré une affirmation, transmise de génération en génération chez les romanistes, qu'à une certaine époque de l'histoire romaine tout testament était un acte législatif. Mais il n'y a aucune nécessité de recourir à cette explication, qui a le défaut d'attribuer beaucoup trop de précision aux procédés de cette ancienne assemblée. Il faut rechercher dans le plus ancien droit romain sur la succession ab intestat la clef de l'histoire des testaments faits dans les *comitia calata*. Les règles du droit romain primitif sur l'ordre des successions étaient, tant qu'elles ne furent pas modifiées par l'édit du préteur, les suivantes : en premier lieu, les descendants directs ou *sui* qui n'avaient pas été émancipés. A défaut de *sui hæredes*, l'agnat le plus proche les remplaçait ; c'était le parent le plus proche qui aurait pu être sous la même *patria potestas* que le défunt. Au troisième et dernier rang, l'héritage était dévolu aux *gentiles*, c'est-à-dire aux

membres de la *gens* à laquelle appartenait le défunt. La *gens*, je l'ai déjà dit, était une extension artificielle de la famille, et comprenait tous les patriciens romains qui portaient le même nom, et qui, parce qu'ils portaient le même nom, étaient censés descendre d'un ancêtre commun. L'assemblée patricienne appelée *comitia curiata* était une législature dans laquelle les *gentes* étaient exclusivement représentées. C'était une assemblée représentative du peuple romain, constituée sur le principe que l'unité politique était la *gens*. Cela étant, il suit naturellement que la connaissance des testaments par les comices se rattachait aux droits des *gentiles* et avait pour but de les leur conserver. Toute l'anomalie apparente disparaît, si nous supposons qu'on ne pouvait tester que quand le testateur n'avait pas de *gentiles* connus, ou lorsqu'ils abandonnaient leurs prétentions et que le testament était soumis à l'assemblée générale des *gentes* romaines, afin que ceux qui se trouveraient lésés par ses dispositions pussent s'y opposer ou, en le laissant passer, renoncer à leur droit d'héritage. Il est possible qu'au moment de la publication des douze tables, ce pouvoir d'opposition ait été grandement réduit ou exercé de temps en temps et par caprice. Il est plus facile toutefois d'indiquer le sens et l'origine de la juridiction confiée aux *comitia calata* que de suivre ses développements et sa décadence.

Le testament d'où sont descendus tous les testaments modernes n'est pas le testament fait dans les *comitia*

calata, mais un autre testament établi en concurrence de celui-ci et destiné à le remplacer. L'importance historique de ce testament romain primitif et la lumière qu'il jette sur les idées des anciens, me serviront d'excuse pour le décrire un peu longuement.

Lorsque le pouvoir de tester nous apparaît pour la première fois dans l'histoire du droit, nous apercevons des faits qui nous portent à croire que, comme toutes les grandes institutions romaines, ce pouvoir fut l'objet d'une lutte entre les patriciens et les plébéiens. La maxime politique : *Plebs gentem non habet*, le plébéien n'appartient à aucune *gens*, excluait les plébéiens des *comitia curiata*. Quelques critiques ont donc supposé que le testament d'un plébéien ne pouvait être lu devant l'assemblée patricienne, et que le plébéien se trouvait ainsi privé du droit de tester. D'autres se sont contentés de signaler combien il devait lui être dur de soumettre son testament à la juridiction peu amicale d'une assemblée dans laquelle il n'était pas représenté. Quoi qu'il en soit, il s'introduisit une forme de testament qui a tous les caractères d'une invention destinée à éluder une obligation désagréable. Le testament en question était un transfert entre-vifs, une aliénation complète et irrévocable de la famille et des biens du testateur, au profit de celui qu'il désignait comme héritier. Les règles strictes du droit romain ont probablement toujours permis cette aliénation ; mais lorsqu'elle ne devait produire un effet qu'après la mort, on peut avoir

disputé sur la question de savoir si elle valait comme testament, sans avoir été approuvée par l'assemblée patricienne. S'il existait sur ce point une différence d'opinion entre les deux classes de la population romaine, elle fut éteinte avec beaucoup d'autres causes de haine par le grand compromis du décemvirat. Le texte de la loi des douze tables existe encore, dans lequel on lit : *Pater familias uti de pecuniâ tutelâve rei suæ legâssit, ità jus esto*. Cette loi ne peut guère avoir eu d'autre objet que de légaliser le testament plébéien.

Ceux qui ont fait des études classiques savent bien que, plusieurs siècles après que l'assemblée patricienne eut cessé d'être la législature de la république, elle continua de se réunir pour expédier des affaires privées. Par conséquent il est probable que longtemps après la publication des douze tables, les *comitia calata* se réunissaient encore pour valider les testaments. On peut bien indiquer leurs fonctions probables en disant que c'était une cour d'enregistrement (*court of registration*), avec cette différence que les testaments n'y étaient pas déposés par écrit, mais simplement récités devant l'assemblée, qui était censée en tenir note et s'en souvenir. Il est très-probable que cette forme de testament ne fut jamais écrite, mais en tout cas, si le testament avait été écrit, les comices se bornaient à en écouter la lecture, et le texte restait au pouvoir du testateur ou était mis sous la sauvegarde d'une corporation religieuse. Cette publicité peut avoir été un des détails du

testament par *comitia calata* qui l'a rendue désagréable à l'opinion populaire. Dans les premières années de l'empire, ces comices se réunissaient encore, mais pour la forme seulement, et il est probable qu'on ne leur présentait que peu ou point de testaments.

C'est l'ancien testament plébéien, celui que nous avons décrit plus haut, qui, par ses effets médiats, a modifié profondément la civilisation du monde moderne. Il acquit à Rome toute la popularité que le testament par *comitia calata* semble y avoir perdue. On comprend tous ses caractères en observant qu'il vient du *mancipium* ou ancienne vente romaine ; formalité à laquelle nous pouvons attribuer l'honneur d'avoir enfanté deux grandes institutions sans lesquelles on ne comprendrait guère que la société moderne pût se maintenir, le contrat et le testament. Le *mancipium* ou, comme on dit plus tard, la mancipation, nous reporte par ses formes à l'enfance de la société civile. Comme elle est née à une époque bien antérieure, sinon à l'invention, au moins à la vulgarisation de l'art d'écrire, des gestes et des actes symboliques, des phrases solennelles y tiennent la place de formules de rédaction, et des cérémonies longues et compliquées appellent l'attention des parties sur l'importance de l'affaire et en gravent le souvenir dans la mémoire des témoins. L'imperfection du témoignage oral, si on le compare au témoignage écrit, exige la multiplication des témoins au delà de ce qui serait raisonnable dans les temps modernes.

La mancipation romaine exigeait la présence de toutes les parties, du vendeur et de l'acheteur, ou, si nous voulions employer exactement le langage moderne, le donateur et le donataire (*grantor and grantee*). Il y avait aussi cinq témoins au moins, et un personnage singulier, le *libripens*, qui portait avec lui une balance pour peser la vieille monnaie de cuivre non frappée de l'ancienne Rome. Le testament que nous étudions, le testament *per æs et libram*, par le cuivre et la balance, comme l'appelèrent longtemps les jurisconsultes, était une mancipation ordinaire dans la forme et presque dans les mots. Le testateur était le cédant, les cinq témoins et le libripens étaient présents; la place de l'acceptant était occupée par une personne appelée en droit *familiæ emptor*, l'acheteur de la famille. Ensuite on procédait à la cérémonie ordinaire de la mancipation. Certains gestes solennels étaient faits et on prononçait certaines paroles. Le *emptor familiæ* simulait le payement du prix en frappant la balance avec une pièce de monnaie, et enfin le testateur ratifiait ce qui avait été fait par une formule de paroles appelée *nuncupatio* ou déclaration de l'acte, formule qui, je n'ai guère besoin de le rappeler aux juristes, a une longue histoire dans le droit testamentaire. Il convient de remarquer particulièrement le caractère de l'individu appelé *familiæ emptor*. C'était sans aucun doute, à l'origine, l'héritier lui-même. Le testateur lui transmettait immédiatement toute la *familia*, c'est-à-dire tous les droits dont il

jouissait sur la famille et par la famille : ses biens, ses esclaves, tous les droits qu'il tenait de ses ancêtres, et, d'un autre côté, toutes ses charges et obligations.

Avec ces données, nous pouvons remarquer plusieurs points importants sur lesquels le testament mancipatoire, comme nous pouvons l'appeler, différait dans sa forme primitive du testament moderne. Comme il transmettait immédiatement les biens du testateur, il n'était pas révocable. On ne pouvait pas exercer de nouveau un pouvoir qui était épuisé.

De plus, ce testament n'était pas secret. Le *familiæ emptor*, étant héritier, savait exactement quels étaient ses droits, et n'ignorait pas que l'héritage lui était irrévocablement assuré ; connaissance que les violences habituelles dans les sociétés anciennes les mieux ordonnées rendaient extrêmement dangereuse. Mais la conséquence la plus surprenante de cette ressemblance du testament et de la vente était que l'héritier se trouvait immédiatement investi de l'héritage. Cela a semblé si incroyable à un grand nombre de romanistes, qu'ils ont supposé que les biens du testateur n'étaient acquis à l'héritier que sous la condition de la mort du premier ou à une époque incertaine, celle de la mort du testateur. Mais jusqu'à la dernière période du droit romain, il y eut une certaine espèce d'actes qui ne pouvaient être soumis à une condition ni suspendus jusqu'à une époque déterminée, qui, en langage juridique, n'admettait ni *conditio* ni *dies*. La mancipation était un de ces actes, et,

par conséquent, quelque étrange que cela paraisse, nous sommes forcés de conclure que le testament romain primitif prenait effet à l'instant, même en cas de survie du testateur. Il est probable que les citoyens romains ne faisaient testament, à l'origine, qu'à l'article de la mort, et que la disposition que pouvait prendre pour continuer sa famille un homme dans la force de l'âge, avait la forme de l'adoption plutôt que celle du testament. Mais nous devons croire que si le testateur se rétablissait, il ne pouvait plus gouverner sa famille que par la tolérance de l'héritier.

Nous devons faire deux ou trois observations avant d'expliquer comment on remédia à ces inconvénients, et comment les testaments acquirent les caractères qu'ils ont maintenant partout. Le testament n'était pas nécessairement écrit : à l'origine il semble avoir toujours été oral, et, même dans les derniers temps, l'acte par lequel les legs étaient déclarés n'était lié au testament qu'incidemment et n'en formait pas partie essentielle. Il avait le même rapport au testament que l'acte déterminant les *uses* avait aux *fines and recoveries* de l'ancien droit anglais, ou le même rapport qu'une charte d'inféodation avait avec l'inféodation elle-même. Avant les douze tables, l'écriture n'aurait servi de rien, car le testateur n'avait pas la faculté de faire des legs, et il ne pouvait avantager par testament que l'héritier ou les cohéritiers. Mais la grande généralité de la disposition des douze tables fit naître la doctrine que l'héritier de-

vait accepter l'héritage grevé de tous les ordres que le testateur pouvait lui donner, ou en d'autres termes devait, en le prenant, acquitter les legs. Les actes testamentaires écrits acquirent alors une nouvelle valeur, parce qu'ils donnaient une garantie contre le refus frauduleux de l'héritier qui n'aurait pas voulu satisfaire les légataires ; mais jusqu'à la fin, le testateur put s'en rapporter exclusivement à l'attestation des témoins et déclarer verbalement les legs que le *familiæ emptor* était chargé d'acquitter.

Les termes de *emptor familiæ* appellent une observation. Le mot *emptor* montre que le testament était littéralement une vente, et le mot *familiæ*, si on le compare aux termes de la disposition relative aux testaments dans les douze tables, nous suggère quelques conclusions instructives. En latin classique, *familia* signifie toujours les esclaves d'un homme. Dans cette disposition toutefois, et en général dans l'ancien droit romain, ce mot désigne toutes les personnes placées sous sa puissance, et les biens matériels du testateur sont considérés comme transmis à titre d'accessoire et d'appendice de sa maison. Revenant à la loi des douze tables, on verra qu'elle parle de la *tutela rei suæ*, de la « tutelle de sa fortune, » expression qui est exactement l'inverse de la phrase que nous venons d'examiner. Il n'y a donc pas moyen d'échapper à la conclusion qu'à une époque relativement aussi récente que le code décemviral, les mots qui désignaient le ménage et les biens étaient mêlés dans le langage

courant. Si on avait parlé du ménage d'un individu comme étant sa propriété, nous pourrions avoir dit que ce terme exprimait tout ce que comprenait la *patria potestas*; mais comme ces mots sont réciproquement opposés, nous devons admettre que cette locution nous reporte à la période primitive dans laquelle les biens appartiennent à la famille, et la famille est gouvernée par le citoyen, de telle sorte que les membres de la communauté ne possèdent pas leurs biens *et* leur famille, mais plutôt leurs biens *par* leur famille.

A une époque difficile à déterminer avec précision, les préteurs romains prirent l'habitude d'agir sur les testaments dont la forme s'accordait à l'esprit plutôt qu'à la lettre de la loi. Des dispenses accidentelles passèrent peu à peu en coutume, jusqu'à ce qu'enfin une forme de testament entièrement nouvelle se compléta et prit une place régulière dans la jurisprudence prétorienne. Le nouveau testament, appelé prétorien, tirait toute sa force du *jus honorarium* ou équité de Rome. Le préteur de quelque année doit avoir inséré dans sa proclamation d'entrée une déclaration de son intention de soutenir tous les testaments accompagnés de telles et telles formalités; et, la réforme ayant semblé avantageuse, cette déclaration aura été répétée par le préteur suivant, puis par le suivant, jusqu'à ce qu'enfin elle ait fait partie de cette jurisprudence lentement formée qui s'appela l'édit perpétuel ou continu. Si l'on examine les conditions d'un testament prétorien régulier, on verra qu'elles ont été

déterminées par celles du testament mancipatoire, le préteur qui faisait l'innovation voulant évidemment conserver tout ce qui, dans les anciennes formalités, garantissait l'authenticité ou pouvait prévenir la fraude. Lorsque le testament mancipatoire était fait, il y avait, outre le testateur, sept personnes présentes. Sept témoins, par conséquent, furent nécessaires pour le testament prétorien ; deux d'entre eux remplaçant le *libripens* et le *familiæ emptor*, qui se trouvaient dépouillés de leur caractère symbolique et n'assistaient plus que comme témoins. Il n'y avait plus de cérémonie emblématique ; le testament était simplement récité ; mais il est probable, quoique non tout à fait certain, qu'un acte écrit était nécessaire pour perpétuer la preuve des dispositions du testateur. En tout cas, chaque fois qu'un écrit était lu ou montré comme l'expression de la dernière volonté d'un individu, nous savons que le tribunal du préteur ne le déclarait valable que s'il portait à l'extérieur le sceau des sept témoins. Là paraît pour la première fois dans l'histoire l'usage des sceaux comme moyen de donner de l'authenticité au droit. Néanmoins l'usage des sceaux comme moyen d'attache est sans contredit beaucoup plus ancien, et semble avoir été connu des Hébreux. Nous pouvons observer que les sceaux des testaments romains et des autres documents importants ne servaient pas seulement à prouver la présence ou le consentement de ceux auxquels ils appartenaient, mais qu'ils étaient aussi de véri-

tables attaches qu'il fallait rompre pour voir l'écriture.

Le droit prétorien donnait donc force aux dispositions d'un testament qui, au lieu d'avoir été fait avec les symboles de la mancipation, était simplement attesté par les sceaux de sept témoins. Mais on peut affirmer d'une manière générale que les principales qualités de la propriété romaine ne pouvaient être transférées que par les procédés dont on faisait remonter l'existence à l'origine du droit civil. Le préteur ne pouvait donc conférer l'héritage à personne : il ne pouvait mettre l'héritier ou les cohéritiers exactement à la place du testateur, quant aux droits et obligations de celui-ci. Tout ce qu'il pouvait faire, c'était d'assurer à l'individu désigné comme héritier la jouissance effective des biens de la succession et de déclarer valable le payement des dettes du testateur par l'héritier. Lorsque le préteur employait ainsi son autorité, il donnait ce que les légistes appelaient *bonorum possessio* : l'héritier reconnu de cette manière, ou *bonorum possessor*, avait tous les droits que la loi civile accordait à l'héritier : il recevait les revenus et pouvait aliéner ; mais chaque fois qu'il avait besoin de plaider il devait se présenter, comme nous dirions, non au tribunal de droit commun, mais au tribunal d'équité du préteur. Nous ne courrions pas grande chance d'erreur en disant qu'il était héritier en vertu d'un titre d'équité ; mais pour ne pas nous laisser aller aux analogies de notre droit, nous devons toujours nous rappeler qu'en vertu du principe de l'usuca-

pion romaine, le possesseur devenait dans l'espace d'un an propriétaire quiritaire de tous les biens composant la succession.

Nous connaissons trop peu la procédure civile de l'ancien droit pour dire de quel côté penchait la balance des avantages et des inconvénients des diverses manières de procéder devant le tribunal prétorien. Mais il est certain que, malgré ses nombreux défauts, le testament mancipatoire, qui transférait en une seule fois et tout entière *l'universitas juris*, ne fut jamais entièrement remplacé par le nouveau testament ; et à une époque où l'on tenait moins aux formes anciennes, où peut-être on n'en comprenait pas bien le sens, toute l'habileté des jurisconsultes s'est employée à perfectionner la forme la plus vénérable du testament. A l'époque de Gaïus, qui vivait sous les Antonins, les grands défauts du testament mancipatoire avaient disparu. A l'origine, comme nous l'avons vu, c'était une condition essentielle que l'héritier achetât la famille : par conséquent, non-seulement il acquérait sur-le-champ un intérêt positif sur les biens du testateur, mais il était formellement averti de ses droits. Au siècle de Gaïus, on permettait qu'une tierce personne désintéressée remplît les fonctions d'acheteur de la famille. Ainsi l'héritier n'était pas nécessairement informé des droits qu'il acquérait, et les testaments, à dater de cette époque, étaient devenus *secrets*. La substitution d'un étranger à l'héritier dans les fonctions d'acheteur de la famille eut d'autres con-

séquences. Dès qu'elle fut admise par la loi, le testament romain consista en deux actes séparés, un transfert qui était de pure forme et une *nuncupatio* ou publication. Dans cette dernière formalité, le testateur déclarait de vive voix aux assistants ce qu'il désirait être exécuté après sa mort, ou présentait un document écrit dans lequel ses désirs étaient consignés. Ce ne fut probablement que lorsque l'attention se fut éloignée du transfert imaginaire et concentrée sur la nuncupation, comme formalité essentielle, que les testaments devinrent *révocables*.

J'ai suivi un peu loin dans l'histoire du droit la généalogie des testaments. Ils descendent du vieux testament avec le cuivre et la balance, fondé sur la mancipation ou le transfert. Cette forme de testament avait plusieurs inconvénients qui furent écartés indirectement par le droit prétorien, en même temps que l'habileté des jurisconsultes introduisait dans le testament ordinaire ou mancipatoire des améliorations analogues à celles que le préteur introduisait par voie d'équité. Toutefois ces dernières améliorations n'étaient que des tours de force des juristes; aussi voyons-nous que le droit testamentaire du temps de Gaïus ou d'Ulpien est transitoire. Nous ne savons pas quels furent les changements qui suivirent immédiatement; mais enfin, peu avant la reconstruction du droit par Justinien, nous voyons les sujets de l'empire d'Orient employer une forme de testament qui procède à certains égards du testament prétorien, et

à d'autres égards du testament par le cuivre et la balance. Comme le testament prétorien, il n'exigeait pas la mancipation et ne valait qu'à la condition d'être scellé par sept témoins. Comme le testament mancipatoire, il transmettait l'héritage, et non pas seulement la *bonorum possessio*. Plusieurs de ces caractères les plus importants furent ajoutés par des actes législatifs, et c'est en considérant cette triple source, de l'édit prétorien, du droit civil et des constitutions impériales que Justinien parle du droit testamentaire de son temps comme d'un *jus tripertitum*. La nouvelle forme de testament ainsi décrite est celle à laquelle on donne le nom de testament romain; mais c'était le testament de l'empire d'Orient, seulement, et les recherches de Savigny ont prouvé que, dans l'Europe occidentale, le vieux testament mancipatoire, avec toutes ses formes de transfert de cuivre et de balance, a continué d'être en usage bien avant dans le moyen âge.

CHAPITRE VII.

Idées anciennes et idées modernes sur les testaments et successions.

Quoiqu'il y ait dans le droit testamentaire de l'Europe bien des dispositions dérivées du plus ancien droit qui ait été pratiqué parmi les hommes, il y a quelques différences importantes entre les idées des anciens et celles des modernes sur les testaments et les successions. Je vais essayer dans ce chapitre d'indiquer quelques-unes de ces différences.

A une époque postérieure de plusieurs siècles aux douze tables, nous voyons introduire dans le droit civil romain plusieurs règles destinées à empêcher qu'on ne déshéritât les enfants ; nous voyons que la juridiction du préteur travaillait activement dans le même but ; et nous trouvons une nouvelle procédure d'un caractère irrégulier et d'une origine incertaine appelée *querela inofficiosi testamenti,* « plainte pour testament immoral, » tendant à remettre les descendants en possession d'un héritage dont ils avaient été exclus sans raison par le testament de leur père. En comparant cet état du droit avec

le texte de la loi de douze tables qui établit formellement la plus grande liberté de tester, plusieurs écrivains ont été tentés de mêler bon nombre d'incidents dramatiques à leurs histoires du droit testamentaire. Ils nous parlent de la licence sans frein à laquelle commencèrent à se livrer les chefs de famille pour déshériter leurs enfants, du scandale et des atteintes portées à la morale publique par les nouvelles libertés, et des applaudissements des gens de bien lorsque le préteur eut le courage d'arrêter dans sa marche la dépravation des pères. Cette histoire, qui a quelque fondement dans le fait principal qu'elle rapporte, est souvent racontée de telle sorte qu'elle montre des erreurs sérieuses dans la manière dont ceux qui la content comprennent les principes de l'histoire du droit. La loi de douze tables doit être expliquée par le caractère du siècle dans lequel elle fut rédigée. Elle ne donne point une liberté qu'on ait été obligé de comprimer un peu plus tard, mais elle procède dans la conviction qu'il n'existe aucune tendance à abuser de cette liberté, ou, pourrions-nous dire, dans l'ignorance que cette tendance puisse exister. Il n'est pas probable que les citoyens romains aient commencé tout de suite à user sans mesure du pouvoir de déshériter. Il est contre toute raison et contre la saine appréciation historique de supposer que le joug de la famille que l'on supportait avec patience, nous le savons, dans les circonstances où il était le plus incommode, fût repoussé sur un point où, de notre temps, on l'accepte volontiers. La loi de douze

tables permettait le testament dans le seul cas où l'on croyait le testament possible, c'est-à-dire à défaut d'enfants ou de parents proches. Il ne défendait pas de déshériter les descendants en ligne directe, parce qu'il ne défendait pas une éventualité à laquelle ne songeait aucun juriste romain de cette époque. Sans aucun doute, à mesure que les affections de famille perdirent avec le temps leur caractère de premiers devoirs, on déshérita quelquefois les enfants. Mais l'intervention du préteur, loin d'avoir été appelée par la généralité de l'abus, fut sans aucun doute provoquée parce que les exemples d'un caprice pareil étaient peu nombreux, exceptionnels et contraires aux idées morales de l'époque.

Les indications fournies par cette partie du droit testamentaire romain sont très-diverses. Il est remarquable que le testament ne semble jamais avoir été considéré par les Romains comme un moyen de déshériter la famille ou de partager inégalement un patrimoine. Les règles de droit qui défendent de l'employer à cet usage augmentent en nombre et en rigueur à mesure que la jurisprudence se développe ; et ces règles répondent sans aucun doute au sentiment persistant de la société romaine agissant contre les déviations accidentelles des individus. Il semble plutôt que la faculté de tester ait été appréciée surtout comme un moyen de pourvoir aux besoins de la famille et de diviser l'héritage avec plus d'équité que la loi sur les successions ab intestat. Si tel était le sentiment général à eet égard, il explique jus-

qu'à un certain point l'horreur singulière pour la mort sans testament qui caractérisa toujours les Romains. Ils semblent n'avoir considéré aucun malheur comme plus grand que l'absence de testament; aucune malédiction n'était plus forte que celle qui souhaitait à un ennemi de mourir sans testament. Ce sentiment n'a aucun équivalent, aucun du moins qu'on puisse facilement reconnaître dans les opinions d'aujourd'hui. Tous les hommes et dans tous les temps préféreront, sans aucun doute, disposer de leurs biens après décès, plutôt que d'en laisser disposer la loi ; mais la passion du Romain pour la faculté de tester se distingue par son intensité du simple désir de satisfaire un caprice; et elle n'a rien de commun avec cet orgueil de famille créé par la féodalité, qui accumule une sorte de biens sur la tête d'un seul représentant. Il est probable *à priori* qu'il y avait quelque chose dans les règles de la succession ab intestat qui causait cette préférence violente pour la disposition par testament. Toutefois, il y a une difficulté, c'est que, lorsque l'on considère les règles de la succession ab intestat chez les Romains pendant les plusieurs siècles qui précédèrent les lois par lesquelles Justinien leur donna la forme qui a été presque partout adoptée par les législateurs modernes, elles ne nous frappent pas comme iniques et déraisonnables. Au contraire, la manière dont elles distribuent les biens est si rationnelle, si franche et diffère si peu des règles qui ont contenté généralement la société moderne, qu'on ne comprend pas pourquoi ces règles au-

raient inspiré un dégoût extraordinaire, surtout sous un droit qui enfermait le pouvoir de tester dans des limites étroites pour les personnes qui avaient des enfants. Nous aurions dû nous attendre plutôt à voir, comme dans la France actuelle, les chefs de famille s'épargner la peine de faire un testament et laisser la loi disposer de leurs biens. Je crois cependant que si nous regardons de près les règles de la succession ab intestat avant Justinien, nous trouverons la clef de ce mystère. Le droit consiste en deux parties distinctes : l'une vient du *jus civile*, droit coutumier de Rome, l'autre de l'édit du préteur. Le droit civil, comme je l'ai déjà dit à propos d'autre chose, n'appelle à hériter que trois espèces de successeurs : les enfants non émancipés, l'agnat le plus proche et les *gentiles*. Entre ces trois sortes de successeurs, le préteur introduisit plusieurs sortes de parents dont le droit civil n'aurait pas tenu compte. A la fin, la combinaison de l'édit et du droit civil forme un tableau de succession qui ne diffère pas sensiblement de celui qui a passé dans la plupart des codes modernes.

Ce qu'il importe de se rappeler, c'est qu'il y eut un temps où les règles du droit civil déterminaient seules le cours des successions ab intestat, où les arrangements de l'édit n'existaient pas ou n'étaient pas observés régulièrement. Il n'est pas douteux que dans son enfance la jurisprudence prétorienne eut à vaincre des obstacles formidables, et il est plus que probable que longtemps après que le sentiment populaire et l'opinion des juristes

l'eurent acceptée, les modifications qu'elle introduisit de loin en loin n'étaient pas réglées par des principes fixes et flottaient suivant les tendances des magistrats qui se succédaient. Les règles diverses de la succession ab intestat que les Romains doivent avoir pratiquées à cette époque expliquent et au delà l'horreur de mourir sans testament, qui dura pendant tant de siècles dans la société romaine. L'ordre de succession était le suivant : à la mort d'un citoyen, sans testament ou avec un testament nul, ses enfants non émancipés devenaient ses héritiers ; ses fils émancipés n'avaient aucune part à l'héritage ; s'il ne laissait pas de descendant direct, l'héritage était dévolu aux agnats les plus proches; mais les parents par les femmes, quelque rapprochés qu'ils pussent être, n'y avaient aucune part. Toutes les autres branches de la famille étaient exclues et l'héritage passait aux *gentiles*, ou corps de citoyens romains qui portaient le même nom que le défunt. Ainsi, faute d'avoir fait un testament valable, un Romain de l'époque dont nous nous occupons laissait ses fils émancipés absolument sans ressource, et s'il mourait sans enfants, il risquait beaucoup que ses biens sortissent tout à fait de sa famille et fussent transférés à des personnes auxquelles il n'était lié que par la fiction sacerdotale, qui supposait que tous les membres de la même *gens* descendaient d'un ancêtre commun. Une telle perspective suffirait presque seule à expliquer le sentiment populaire ; mais en fait, nous ne le comprenons qu'à demi, si nous oublions que

l'état de choses que je viens de décrire a existé probablement au moment où la société romaine se trouvait dans la première période de transition de son organisation primitive en familles détachées. Le pouvoir du père avait reçu un des premiers coups qui l'avaient affaibli par la reconnaissance de l'émancipation comme coutume légitime ; mais le droit regardant encore la puissance paternelle comme l'origine des relations de famille, persévérait à considérer les enfants émancipés comme étrangers à leurs parents par le sang. Cependant nous ne pouvons pas supposer un instant que la limitation de la famille imposée par la pédanterie des légistes fût acceptée par l'affection naturelle des parents. Les attachements de famille devaient avoir conservé cette sainteté et cette intensité presque inconcevable qui les caractérisait sous le régime patriarcal ; et il est si peu probable qu'ils aient été éteints par l'émancipation, que c'est le contraire qui est probable. On peut croire sans hésiter que l'émancipation était plutôt un témoignage d'affection, une grâce et une faveur accordée au plus aimé et au plus estimé des enfants, qu'un acte d'éloignement. Si les enfants ainsi honorés plus que les autres se trouvaient absolument privés de l'héritage par le défaut de testament, il n'est pas besoin de chercher d'autre explication à l'horreur des Romains pour la mort sans testament. Nous aurions pu supposer *à priori* que la passion de faire testament était engendrée par quelque injustice morale dans les règles de la succession ab intestat ; et en effet

nous voyons qu'elles étaient contraires à l'instinct même qui liait ensemble les membres de la société primitive. Nous pouvons résumer en très-peu de mots tout ce que nous avons dit. Tous les sentiments dominants des Romains primitifs se rattachaient aux rapports de famille. Mais qu'était la famille ? Le droit la définissait d'une façon et l'affection naturelle d'une autre. Dans le conflit entre l'une et l'autre naquit le sentiment que nous cherchons à analyser, et il prit la forme de l'enthousiasme pour l'institution qui permettait à l'affection de pourvoir à la fortune des personnes aimées.

Je considère donc l'horreur des Romains pour le défaut de testament comme le témoignage d'un conflit très-ancien entre le droit antique et les nouveaux sentiments qui se faisaient jour au sujet de la famille. Quelques passages des lois romaines, et surtout une loi qui limitait la capacité d'hériter des femmes, doivent avoir contribué à raviver ce sentiment ; et on croit généralement que la création des *fidei commissa*, ou legs confiés, fut imaginée pour éluder les incapacités prononcées par ces lois. Mais le sentiment lui-même dans son intensité remarquable semble indiquer un antagonisme plus profond entre le droit et l'opinion ; et il n'est pas étonnant que les améliorations introduites par la jurisprudence du préteur ne l'aient pas éteint. Quiconque a étudié la marche des opinions sait qu'un sentiment ne meurt pas nécessairement avec les circonstances qui l'ont produit : il peut leur survivre longtemps et même atteindre après

qu'elles ont disparu une intensité qu'il n'avait pas lorsque ces circonstances existaient encore.

Ce n'est que dans la dernière partie du moyen âge, lorsque la féodalité s'était complétement consolidée, que l'on commença à considérer le testament comme un moyen d'enlever la propriété à la famille ou de la distribuer en portions inégales, selon la fantaisie ou le bon sens du testateur. Lorsque le droit moderne se montre rude encore, on ne permet guère au testateur de disposer de ses biens avec une entière liberté. Partout où, pendant cette période, la transmission des biens avait lieu par testament, — et dans la plus grande partie de l'Europe les biens mobiliers ou personnels pouvaient être transmis par testament, — le testateur pouvait rarement toucher aux droits de la veuve à hériter d'une portion déterminée des biens, et à celui des enfants d'hériter d'une part proportionnelle. Les parts des enfants, comme on a pu le voir, étaient déterminées par l'autorité du droit romain. L'Église, qui ne s'est jamais relâchée dans sa sollicitude pour les femmes qui survivaient à leurs maris, a obtenu une de ses plus difficiles victoires lorsque, après avoir pendant deux ou trois siècles exigé des maris, au moment du mariage, la promesse formelle de laisser à leurs femmes une portion de leurs biens, elle est parvenue à introduire dans le droit coutumier de l'Europe occidentale le principe du douaire. Il est assez curieux que le douaire des biens immeubles ait eu plus de stabilité que la réserve analogue et plus ancienne, en

faveur de la femme et des enfants d'une certaine part des biens meubles. Un petit nombre de coutumes locales en France ont conservé ce droit jusqu'à la révolution, et il y a des traces d'usages semblables en Angleterre; mais en somme, la doctrine qu'on pouvait disposer librement des meubles par testament prévalut, et lors même que l'on continua à respecter les droits des veuves, ceux des enfants furent effacés de la jurisprudence. Nous n'hésitons pas à attribuer ce changement à l'influence du droit d'aînesse. Comme le droit féodal excluait de l'héritage de la terre tous les enfants en faveur d'un seul, le partage égal des biens mêmes qui auraient pu être également partagés cessa d'être considéré comme un devoir. Les testaments devinrent le principal moyen d'établir l'égalité, et alors commença à se montrer la nuance qui distingue l'idée des anciens et l'idée des modernes au sujet des testaments. Mais quoique la liberté de transmettre les biens au moyen du testament fût ainsi un résultat accidentel de la féodalité, il n'y a pas de différence plus tranchée que celle qui existe entre un système de liberté testamentaire et un système qui, comme le droit féodal relatif aux immeubles, fait passer forcément la propriété à certaines personnes. Les auteurs des codes français semblent avoir perdu de vue cette vérité. Dans l'organisation sociale qu'ils voulaient détruire, ils voyaient le droit d'aînesse fondé principalement sur les substitutions, mais ils voyaient en même temps que les testaments servaient souvent à donner au fils aîné pré-

cisément le même avantage que lui aurait donné la substitution la plus stricte. Afin donc d'assurer leur œuvre, ils rendirent impossibles les dispositions par lesquelles on assurait par contrat de mariage des avantages au fils aîné, et ils firent presque disparaître du droit la succession testamentaire, pour que le testament ne fût pas employé à détruire leur principe fondamental du partage égal des biens entre les enfants à la mort des parents. Le résultat fut qu'ils établirent un système de petites substitutions perpétuelles qui se rapprochent beaucoup plus du système féodal que la liberté de tester. Le droit territorial d'Angleterre, « l'Herculanum de la féodalité, » se rapproche certainement beaucoup plus de celui du moyen âge que celui d'aucun peuple du continent, et les testaments sont fréquemment employés chez nous à donner au fils aîné et à ses hoirs, quant à la propriété foncière, les avantages qui sont le trait dominant des anciens contrats de mariage. Mais malgré tout, les sentiments et l'opinion du pays ont été profondément affectés par la pratique de la liberté de tester ; et il me semble que les idées qui règnent dans une grande partie de la société française relativement à la conservation de la propriété dans les familles ressemblent beaucoup plus à celles qui existaient en Europe il y a deux ou trois cents ans que les opinions courantes en Angleterre.

La mention du droit d'aînesse nous conduit à un des problèmes les plus difficiles de l'histoire du droit. Quoique je ne me sois pas arrêté pour expliquer les termes,

on peut avoir remarqué que j'ai parlé souvent de « cohéritiers » placés par le droit romain dans la même situation que l'héritier seul. En fait, nous ne connaissons aucune période du droit romain dans laquelle l'héritier, ou successeur universel, n'ait pas pu être remplacé par un groupe de cohéritiers. Ce groupe héritait comme unité, et la succession était ensuite partagée entre ses membres par une procédure spéciale. Lorsque la succession était ab intestat, le groupe se composait des enfants du défunt, qui prenaient chacun une part égale des biens ; et quoique, à une époque, les mâles eussent quelques avantages sur les femmes, on ne trouve pas la moindre trace de droit d'aînesse. Le mode de distribution est le même dans le plus ancien droit. Il semble certain que, lorsque la société civile commence et que chaque famille cesse d'être un corps qui continue pendant plusieurs générations, l'idée qui se présente naturellement est de partager les biens également entre les membres de chaque génération successive, et de ne réserver aucun privilége à l'aîné ou souche de la famille. Quelques indications significatives sur la relation de ce phénomène aux idées primitives nous sont fournies par des systèmes plus anciens que le droit romain. Entre les Hindous, dès qu'un fils naît, il acquiert un droit dans les biens de son père, qui ne peuvent être vendus sans que l'on reconnaise cette copropriété. Lorsque le fils devient majeur, il peut exiger un partage, même contre le consentement de son père ; et lorsque le père consent,

un fils peut exiger le partage même contre la volonté de ses frères. Lorsque ce partage a lieu, le père n'a d'autre avantage sur ses fils que d'obtenir deux parts. L'ancien droit des tribus germaniques était le même. L'*allod*, ou domaine de la famille, appartenait en commun au père et aux enfants. Cependant il ne semble pas qu'on l'ait partagé habituellement, même à la mort du père, et c'est ainsi que les propriétés du Hindou, quoique partageables en théorie, sont si rarement partagées en fait qu'un grand nombre de générations se succèdent sans qu'il y ait partage, de sorte que la famille hindoue tend constamment à se transformer en communauté de village, à des conditions que j'essayerai plus tard d'expliquer. Tout cela indique clairement que les biens se partageaient tout à fait également entre les enfants mâles à la mort du père, à une époque où les liens de famille commençaient à peine à se relâcher. Là se présente la difficulté historique du droit d'aînesse. Plus nous voyons clairement que, lorsque les institutions féodales étaient en formation, il n'y avait d'autre source du droit que le droit romain provincial et les coutumes primitives des Barbares, plus nous sommes embarrassés à première vue de savoir que ni le Romain ni le Barbare n'accordaient dans les successions aucune préférence à l'aîné et à ses hoirs.

Le droit d'aînesse n'existait pas dans les coutumes des Barbares lors de leur premier établissement dans l'empire romain. On sait qu'il est sorti des bénéfices ou dons

de terre faits aux chefs des conquérants. Ces bénéfices, qui avaient été accordés accidentellement par les premiers rois, mais qui furent distribués sur une grande échelle par Charlemagne, consistaient en terres provinciales romaines tenues par les bénéficiaires sous la condition de prêter le service militaire. Les propriétaires des alleux ne semblent pas avoir suivi leur roi dans ses entreprises lointaines, et toutes les grandes expéditions des chefs francs et de Charlemagne furent faites par des soldats qui dépendaient personnellement de la maison royale, ou qui étaient obligés de la servir en vertu de la tenure de leur terre. Toutefois, les bénéfices n'étaient pas d'abord héréditaires. Ils étaient possédés sous le bon plaisir de celui qui les donnait, et tout au plus pendant la vie du bénéficiaire ; mais, dès l'origine, les bénéficiaires ont fait des efforts considérables pour allonger leur tenure et faire rester les terres dans leur famille après leur mort. Grâce à la faiblesse des successeurs de Charlemagne, ces tentatives réussirent partout, et le bénéfice fut transformé en fief héréditaire. Mais quoique les fiefs fussent héréditaires, ils ne passaient pas nécessairement au fils aîné. Les règles de succession qui leur étaient applicables résultaient des termes de l'accord intervenu entre le donateur et le bénéficiaire, ou imposé par l'un à la faiblesse de l'autre. Par conséquent, les premières tenures étaient extrêmement variées, non pas aussi capricieuses qu'on le dit quelquefois, car toutes celles que l'on connaît présentent quelque combinaison des modes

de succession familiers aux Romains ou aux Barbares. Quelquefois le fils aîné et ses hoirs succédaient au fief avant tous les autres ; mais cette forme de succession, loin d'être universelle, ne paraît pas même avoir été bien générale. On retrouve précisément les mêmes phénomènes pendant la transformation qui eut lieu plus tard en Europe, et mit partout la propriété féodale à la place de la propriété domaniale ou romaine et de la propriété allodiale ou germaine. Les alleux furent entièrement absorbés par les fiefs. Les plus grands propriétaires allodiaux se transformèrent en seigneurs féodaux en aliénant sous condition une partie de leurs terres aux hommes qui étaient sous leurs ordres ; les propriétaires de petits alleux cherchèrent un refuge contre l'oppression de ce terrible temps en abandonnant leur propriété à quelque chef puissant, dont ils la recevaient à condition de le servir dans ses guerres. En même temps, cette masse de population de l'Europe occidentale dont la condition était servile ou demi-servile, les esclaves personnels des Romains et des Germains, les *coloni* romains et les *lidi* germains, furent absorbés par l'organisation féodale, quelques-uns d'entre eux devenant serviteurs du seigneur, et le plus grand nombre recevant des terres à des conditions qui à cette époque étaient considérées comme dégradantes. Les tenures créées pendant cette ère d'inféodation universelle furent aussi variées que les conditions que les vassaux furent contraints d'accepter. Comme pour les bénéfices, la succession des fiefs

eut lieu, pour quelques-uns seulement, avec le droit d'aînesse. Toutefois, dès que le système féodal eut prévalu dans l'Europe occidentale, il devint évident que le droit d'aînesse présentait des avantages qui ne se trouvaient pas dans les autres formes de succession. Il se répandit partout avec une rapidité remarquable, principalement au moyen des *family settlements*, des pactes de famille ou contrats de mariage de France, des *hausgesetze* en Allemagne, qui établirent que les terres tenues à titre de service militaire passeraient au fils aîné. Enfin le droit se résigna à consacrer une pratique invétérée, et nous trouvons que dans tous les corps de droit coutumier qui se formèrent peu à peu, le fils aîné et ses hoirs sont préférés dans la succession des terres de franc-fief tenues au service militaire. Quant aux terres tenues en roture (et à l'origine toute tenure par laquelle le tenancier devait une prestation en argent ou en travail était roturière), le système de succession établi par la coutume différait beaucoup, suivant les provinces et les contrées. La règle la plus générale était que ces terres fussent divisées également entre les enfants à la mort du père ; mais, dans quelques cas, l'aîné succédait de préférence, et dans d'autres cas, c'était le plus jeune. Mais le droit d'aînesse était la règle d'héritage de cette espèce de propriétés, les plus importantes de toutes sous plusieurs rapports, dont le tenure, comme le *socage* anglais, était plus récente et n'était ni tout à fait franche ni tout à fait roturière.

On explique ordinairement la diffusion du droit d'aînesse par ce qu'on appelle des motifs féodaux. On dit que le suzerain féodal était plus assuré du service militaire si le fief appartenait à une seule personne, au lieu de se partager entre un plus grand nombre à la mort du tenant. Sans doute cette considération peut expliquer en partie la faveur qu'acquit graduellement le droit d'aînesse; mais il faut remarquer que ce droit passa dans les coutumes de l'Europe par la popularité qu'il rencontrait auprès des tenanciers, plus que par les avantages qu'il donnait aux suzerains. Le motif qu'on allègue d'ailleurs n'explique pas l'origine de ce droit. Rien dans le droit ne naît seulement d'un sentiment d'utilité : il y a toujours certaines idées antérieures sur lesquelles travaille le sentiment d'utilité, et dont il ne peut que former des combinaisons nouvelles; et dans le cas qui nous occupe, le problème consiste à trouver ces idées.

Nous rencontrons une indication utile dans un pays où l'on en a trouvé bien d'autres. Quoique dans l'Inde les biens du père soient partageables à sa mort, et puissent être partagés durant sa vie par portions égales entre tous ses enfants mâles, et quoique ce principe d'égale distribution des biens se trouve dans toutes les institutions hindoues, chaque fois qu'il y a dévolution d'une fonction publique ou d'un pouvoir politique au décès du dernier occupant, la succession est toujours réglée par le droit d'aînesse. Le fils aîné hérite des royautés, et lorsque les affaires d'une communauté de village, l'unité

sociale chez les Hindous, sont confiées à un seul administrateur, c'est généralement le fils aîné qui prend l'administration à la mort de son père. Toutes les charges tendent à devenir héréditaires dans l'Inde et, lorsque leur nature le permet, elles sont dévolues au fils aîné de la branche aînée. Si nous comparons ces successions indiennes avec quelques-unes des organisations sociales qui ont survécu en Europe presque jusqu'à nos jours, nous arrivons à cette conclusion que, lorsque le pouvoir patriarcal est non-seulement domestique mais politique, le partage n'a pas lieu entre les enfants à la mort du père, mais tout passe de droit à l'aîné. Le commandement d'un clan highlander se transmettait par droit d'aînesse. Il semble en réalité qu'il existe une forme de dépendance de famille encore plus ancienne que toutes celles dont on trouve la trace dans les monuments primitifs des sociétés organisées. L'union des agnats dans l'ancien droit romain et une multitude d'indications semblables indiquent une période pendant laquelle toutes les branches d'une même famille étaient unies dans une organisation d'ensemble; et il n'y a pas de présomption à conjecturer que, lorsque la corporation ainsi formée par la famille était une société indépendante, elle était gouvernée par l'aîné de la branche aînée. Il est vrai que nous n'avons pas connaissance d'une société ainsi constituée. Même dans les communautés les plus élémentaires, les organisations de famille telles que nous les connaissons constituent tout au plus *imperia in imperio.*

Mais la position de quelques-unes d'entre elles, particulièrement celle des clans celtiques, était assez voisine de l'indépendance dans les temps historiques, pour nous convaincre que ces familles étaient autrefois des États séparés et que le droit d'aînesse réglait la succession du chef. Toutefois il faut nous tenir sur nos gardes contre les associations d'idées modernes dans le langage du droit. Nous parlons d'une union de famille plus étroite et plus stricte qu'aucune de celles que nous montrent la société hindoue et l'ancien droit romain. Si le père de famille romain était visiblement l'administrateur des biens de la famille, si le père hindou est simplement copropriétaire avec les enfants, à plus forte raison le vrai patriarche devait-il être le simple administrateur d'un domaine commun.

Les exemples de succession par primogéniture qu'on a trouvés dans l'histoire des bénéfices sont donc une imitation d'un système de gouvernement de famille connu des races conquérantes, quoiqu'il ne fût pas d'un usage général. Quelques tribus plus arriérées avaient encore le droit d'aînesse, ou, ce qui est plus probable, la société était encore tellement rapprochée de sa condition primitive, que l'esprit de quelques hommes revint spontanément au droit d'aînesse lorsqu'il s'agit de poser des règles de succession pour une nouvelle forme de propriété. Reste une question : pourquoi le droit d'aînesse remplaça-t-il toute autre forme de succession? J'y répondrai, je crois, en disant que, pendant la dissolution de

l'empire carlovingien, la société européenne rétrograda positivement. Elle recula d'un degré ou deux au delà de ce qu'elle était pendant les premières monarchies barbares. Le principal caractère de cette période fut la faiblesse ou plutôt la vacance de l'autorité royale et civile; et il semble qu'alors la société civile ne tenant plus, les hommes revinrent à une organisation sociale plus ancienne que le commencement des sociétés civiles. Aux neuvième et dixième siècles, le seigneur et ses vassaux peuvent être considérés comme une tribu patriarcale recrutée, non par adoption comme dans les temps primitifs, mais par inféodation; et pour une confédération pareille, la succession par primogéniture était une source de force et de durée. Tant qu'on tenait sous une seule main la terre sur laquelle reposait l'organisation sociale, le groupe était puissant pour la défense; partager la terre, c'était partager la petite société et appeler volontairement l'agression dans cette époque de violence universelle. Nous pouvons être certains que, dans cette préférence pour le droit d'aînesse il n'entrait aucune idée de déshériter les puînés en faveur de l'aîné. Tout le monde aurait souffert de la division du fief, et tout le monde gagnait à sa consolidation. La famille devenait plus forte par la concentration du pouvoir dans les mêmes mains; et il n'est pas probable que le seigneur héritier eût sur ses frères et parents aucun avantage en fonctions, intérêts ou jouissances. Ce serait un singulier anachronisme d'estimer les priviléges de l'héritier d'un

fief d'après la situation que fait à un fils aîné un acte d'établissement (*settlement*) anglais.

J'ai dit que je considérais les premières confédérations féodales comme descendant d'une forme primitive de la famille et lui ressemblant fortement. Mais dans l'ancien monde et dans les sociétés qui n'ont pas passé par le creuset de la féodalité, le droit d'aînesse n'a jamais ressemblé à celui de l'Europe à la fin de la période féodale. Lorsqu'un groupe de parents cessait d'être gouverné par un chef héréditaire, pendant une série de générations, le domaine qui avait été administré pour tous semble avoir été partagé également entre tous. Pourquoi cela n'eut-il pas lieu dans le monde féodal? Si, pendant la confusion de la première période féodale, le fils aîné tenait la terre pour l'avantage de toute la famille, comment se fait-il que lorsque la féodalité se consolida et qu'on vit de nouveau une société régulière, la famille ne reprit pas cette capacité d'hériter par portions égales qui avait été reconnue par les Romains et par les Germains? La clef de cette difficulté a rarement été connue des écrivains qui se sont occupés d'exposer la généalogie de la féodalité. Ils voient les matériaux des institutions féodales, mais ils n'en voient pas le ciment. Les idées et les formes sociales qui contribuèrent à l'établissement du système étaient sans aucun doute barbares et primitives; mais dès que des cours de justice et des jurisconsultes furent appelés à les interpréter et à les définir, leurs principes furent ceux du droit romain des derniers

temps, principes très-raffinés et mûris. Dans une société patriarcale, le fils aîné peut succéder au gouvernement du groupe des agnats et acquérir la disposition de la propriété commune; mais il n'est pas pour cela véritablement propriétaire. Il a des devoirs corrélatifs, indéfinis et qui ne peuvent cesser de l'être, qui ne sont pas compris dans l'idée de propriété. Cependant le droit romain des derniers temps, comme le nôtre, considérait un pouvoir absolu sur les biens comme l'équivalent du droit de propriété ; il ne tenait ni ne pouvait tenir compte d'obligations dont l'idée appartenait à une période antérieure au droit régulier. Le contact de l'idée raffinée et de l'idée barbare eut pour effet inévitable de transformer le fils aîné en propriétaire légitime de l'héritage. Les juristes cléricaux et séculiers définirent ainsi sa position dès le commencement; mais ce fut seulement par des degrés insensibles que le cadet, qui avait participé à conditions égales aux dangers et aux jouissances de son aîné, descendit à l'état de prêtre, de soldat de fortune ou de parasite du château. La révolution légale qui s'effectua alors fut la même qu'on a vue plus récemment sur la plupart des terres hautes d'Écosse. Lorsque les jurisconsultes écossais furent appelés à définir les droits du chef sur les domaines dont subsistait le clan, la jurisprudence avait depuis longtemps passé l'époque où elle aurait pu tenir compte des limitations vagues de la propriété en faveur des hommes du clan, et il était inévitable qu'elle transformât le patrimoine d'un grand nombre en domaine d'un seul.

Pour plus de simplicité, j'ai appelé du nom de primogéniture l'ordre de succession dans lequel un seul fils ou descendant succède à l'autorité sur une famille ou une société. Il est remarquable cependant que, dans le petit nombre d'exemples anciens que nous connaissons de ce mode de succession, celui qui hérite n'est pas toujours le fils aîné comme nous l'entendons. La forme de primogéniture qui s'est répandue sur l'Europe occidentale s'est aussi perpétuée entre les Hindous, et là il y a lieu de croire que c'est la forme normale. Sous ce régime, c'est non-seulement le fils aîné, mais la branche aînée qui est toujours préférée. Si le fils aîné meurt, son fils aîné passe, non-seulement avant ses frères, mais avant ses oncles; et si celui-ci meurt, on suit la même règle pour la génération suivante. Mais lorsqu'il s'agit de succéder non plus seulement à un pouvoir civil, mais à un pouvoir *politique*, il peut se présenter une difficulté qui semble plus ou moins grande, selon que l'état de cohésion de la société est plus ou moins parfait. Le chef qui a, le dernier, exercé l'autorité peut survivre à son fils aîné, et le petit-fils, qui a droit de succéder, peut être trop jeune et incapable de prendre la direction effective de la communauté et l'administration de ses affaires. Dans ce cas, l'expédient qui se présente dans les sociétés mieux constituées est de mettre l'héritier mineur en tutelle jusqu'à ce qu'il atteigne un âge où il soit capable de gouvernement. La tutelle est généralement exercée par les agnats mâles; mais il est remarquable que cette éventualité est un des

cas rares dans lesquels les anciennes sociétés permettaient que le pouvoir fût exercé par les femmes, sans doute à cause du respect qu'inspirait le titre de mère. Dans l'Inde, la veuve d'un prince gouverne sous le nom de son fils enfant, et nous devons nous rappeler que la coutume qui réglait l'ordre de succession au trône de France, coutume très-antique, quelle que soit son origine, donnait la régence à la reine mère, de préférence à tous autres parents, en même temps qu'elle excluait rigoureusement les femmes du trône. Il y a quelquefois un autre mode de pourvoir aux inconvénients résultant de la dévolution de la souveraineté à un héritier mineur, et qui sans aucun doute se présenterait spontanément aux sociétés grossièrement organisées. C'est de mettre de côté l'héritier mineur et de conférer le commandement à l'aîné des mâles de la génération précédente. Les clans celtiques, entre les nombreux phénomènes qu'ils ont conservés d'une époque où la société civile et la société politique n'étaient pas séparées même grossièrement, ont gardé jusque dans les temps historiques cette règle de succession. Chez eux, il semble avoir été de principe positif qu'à défaut du fils aîné, le frère qui le suit succédât de préférence à tous les petits-fils, quel que fût leur âge à l'époque où la souveraineté devenait vacante. Quelques écrivains ont expliqué cette règle en disant que les coutumes celtiques prenaient le dernier chef comme une sorte de racine ou de souche, et donnaient la succession au descendant le plus proche; l'oncle étant préféré au petit-fils, parce qu'il

était le plus proche de la racine commune. Il n'y a pas d'objection à faire à cette exposition, si on la présente comme une simple description d'un système de succession; mais ce serait une erreur sérieuse de supposer que les hommes qui, les premiers, adoptèrent cette règle employaient des formes de raisonnement qui datent d'une époque où les coutumes féodales relatives aux successions commençaient à être discutées entre les légistes. La véritable origine de la préférence accordée à l'oncle sur le petit-fils est sans aucun doute le calcul fort simple, de la part d'hommes grossiers dans une société grossière, qu'il vaut mieux être gouverné par un chef d'âge mûr que par un enfant, et que le fils cadet a plus de chance d'être en âge mûr que les descendants du fils aîné. En même temps nous avons quelques preuves que la forme de primogéniture que nous connaissons le mieux est primitive; c'est la tradition d'après laquelle on demandait le consentement du clan lorsqu'on omettait l'enfant pour donner l'héritage à l'oncle. Il existe un exemple assez authentique de cette cérémonie dans les annales des Mac Donald d'Ecosse; et les antiquités celtiques de l'Irlande interprétées récemment mentionnent, dit-on, plusieurs traces d'usages semblables. La substitution par voie d'élection d'un agnat « plus digne » à un plus âgé n'est pas inconnue non plus dans le droit des communautés de village indiennes.

Dans le droit musulman, qui a probablement conservé une ancienne coutume arabe, la succession des biens est partagée également entre les enfants, les

filles ayant une demi-part; mais si l'un des enfants meurt avant le partage et laisse des descendants, ces petits-enfants sont exclus de la succession par leurs oncles et leurs tantes. Conformément à ce principe, la succession, lorsqu'il s'agit d'une autorité politique, a lieu suivant les formes de primogéniture qui ont régné dans les sociétés celtiques. Dans les deux grandes familles musulmanes de l'Occident, on voit que la règle est que l'oncle hérite du trône de préférence à son neveu, quoique ce dernier soit fils d'un frère aîné; mais bien que cette règle ait été appliquée tout récemment en Égypte et en Turquie, on m'assure qu'il y a toujours eu quelques doutes sur sa validité, pour la succession au trône de Turquie. La politique des sultans a généralement empêché qu'elle ne pût être appliquée, et il est possible que leur usage de massacrer en masse leurs frères puînés ait eu pour cause l'intérêt de leurs enfants, autant que le désir d'écarter du trône des compétiteurs dangereux. Il est évident que, dans des sociétés polygames, la forme de la primogéniture tend toujours à varier. Plusieurs considérations peuvent établir des titres à la succession, celui de la mère, par exemple, ou le degré d'affection que le père avait pour elle. Aussi quelques-uns des rois musulmans de l'Inde, sans prétendre avoir un droit particulier de tester, réclament le droit de nommer celui de leurs fils qui doit hériter. La bénédiction d'Isaac et de ses fils, mentionnée dans la Bible, a quelquefois été citée comme un testament, mais elle semble avoir été plutôt une manière de désigner un aîné.

CHAPITRE VIII.

Histoire de la propriété primitive.

Les Institutes de droit romain, après avoir défini les diverses formes et modifications de la propriété, discutent les manières naturelles d'acquérir. Ceux qui ne sont pas familiarisés avec l'histoire du droit ne penseront pas probablement à première vue que ces manières naturelles d'acquérir présentent un grand intérêt pour la spéculation et la politique. L'animal sauvage pris ou tué par le chasseur, le sol ajouté à notre champ par les dépôts imperceptibles d'une rivière, l'arbre dont les racines poussent dans notre terre, sont considérés par les juristes romains comme acquis naturellement. Les anciens jurisconsultes avaient sans doute observé que ces modes d'acquérir étaient reconnus par les coutumes de toutes les petites sociétés qui les entouraient, et les juristes postérieurs, trouvant ces modes d'acquérir classés dans l'ancien *jus gentium*, et voyant qu'ils étaient très-simples, leur donnèrent une place entre les prescriptions de la nature. La dignité dont ils étaient revêtus a été en

augmentant dans les temps modernes au delà de toute proportion avec leur importance primitive. La théorie s'y est arrêtée avec complaisance, et leur a fait exercer sur la pratique la plus sérieuse influence.

Il nous suffit d'étudier un seul de ces « modes naturels d'acquisition, » l'*occupatio* ou occupation. L'occupation est la prise de possession d'un objet qui, dans le moment, n'appartient à personne, avec l'intention, ajoute la définition légale, d'en acquérir la propriété. Les objets que les légistes romains appelaient *res nullius*, objets qui n'ont actuellement ou n'ont jamais eu de propriétaire, ne peuvent être désignés que par une énumération. Entre les choses qui n'ont jamais eu de propriétaire sont les animaux sauvages, les poissons, les oiseaux des champs, les pierres précieuses déterrées pour la première fois, et les terres nouvellement découvertes ou qui n'ont jamais été cultivées. Entre les choses qui n'ont pas actuellement de propriétaire sont les meubles et les terres abandonnées, et (article irrégulier mais formidable) les biens de l'ennemi. Pour tous ces objets, le droit de propriété complet était acquis par l'occupant, qui prenait possession avec l'intention de les faire siens, — intention qui, dans certains cas, devait être manifestée par certains actes. Il n'est pas difficile, à ce que je crois, de comprendre l'influence qu'eut l'idée d'une génération de légistes romains de placer l'occupation dans le droit commun à toutes les nations, et la simplicité qu'acquit cette idée lorsqu'une autre génération l'attribua au

droit de la nature. Mais nous sommes moins préparés par des considérations *à priori* à comprendre la fortune de cette théorie dans l'histoire du droit moderne. Le principe romain de l'occupation, et les règles que les jurisconsultes en ont tirées, sont la source de tout le droit international moderne relatif aux prises de guerre, et à l'acquisition de la souveraineté sur les terres nouvellement découvertes. De là vient aussi une théorie de l'origine de la propriété, qui est à la fois la théorie vulgaire et celle qui, sous une forme ou sous l'autre, est encore acceptée par la grande majorité des juristes spéculatifs.

J'ai dit que le principe romain de l'occupation avait déterminé le chapitre du droit international qui s'occupe des prises de guerre. Le droit relatif à la prise de guerre tire ses règles de la supposition qu'au commencement des hostilités, les peuples se trouvent replacés dans l'état de nature et que, dans la condition naturelle ainsi produite artificiellement, la propriété privée n'existe plus, en ce qui concerne les belligérants. Comme les derniers écrivains sur le droit naturel ont toujours désiré soutenir que la propriété privée se trouvait respectée d'une façon quelconque dans le système qu'ils exposaient, la supposition que la propriété de l'ennemi est *res nullius* leur a semblé immorale et choquante, et ils ont eu soin de la stigmatiser comme une simple fiction de droit. Mais, dès que nous voyons que le droit naturel prend sa source dans le *jus gentium*, nous comprenons

comment les biens d'un ennemi ont été considérés comme n'appartenant à personne, et pouvant en conséquence être acquis par le premier occupant. Cette idée venait naturellement aux personnes qui pratiquaient la guerre dans son ancienne forme, lorsque, après la victoire, l'armée victorieuse se dissolvait et que chacun des soldats qui la composaient courait au pillage. Il est probable toutefois qu'à l'origine, c'était seulement la propriété mobilière qui était acquise ainsi par qui la prenait. Nous savons par des autorités indépendantes qu'une règle très-différente prévalait dans l'Italie ancienne pour l'acquisition de la propriété du sol d'un pays vaincu, et nous pouvons soupçonner que l'application du principe d'occupation à la terre (matière toujours difficile), date de la période où le *jus gentium* devint le code de la nature, et qu'elle est le résultat d'une généralisation des jurisconsultes de la plus brillante époque. Leurs principes à cet égard sont conservés dans les Pandectes de Justinien et équivalent à l'affirmation pure et simple que les biens de l'ennemi, quelle que soit leur nature, sont *res nullius* pour l'autre belligérant, et que l'occupation par laquelle celui-ci les fait siens est une institution du droit naturel. Les règles que la jurisprudence internationale tire de ces propositions, ont quelquefois été stigmatisées comme inutilement indulgentes pour la férocité et la cupidité des combattants; mais cette accusation a été portée, je le pense, par des personnes qui connaissaient peu l'histoire des guerres et qui ignoraient com-

bien il est difficile de faire respecter une règle quelconque. Lorsque le principe romain de l'occupation fut introduit dans le droit moderne et appliqué aux prises de guerre, il entraîna après lui un certain nombre de règles secondaires qui le limitèrent et le précisèrent; et si l'on compare les guerres qui ont eu lieu depuis que le traité de Grotius est devenu une autorité à celles des temps antérieurs, on verra que, dès que les maximes romaines furent adoptées, la guerre devint plus tolérable. Si la doctrine romaine de l'occupation peut être accusée d'avoir eu sur le droit international moderne une pernicieuse influence, c'est dans une autre partie que celle qui traite des prises de guerre. En appliquant à la découverte de pays nouveaux les principes que les Romains avaient appliqués à la trouvaille d'une pierre précieuse, les publicistes prirent à leur service une doctrine insuffisante; car, devenue très-importante par les découvertes des grands navigateurs des quinzième et seizième siècles, cette doctrine souleva plus de contestations qu'elle n'en termina. On trouva bientôt une grande incertitude sur les deux points où la certitude était le plus nécessaire : l'étendue du territoire que celui qui faisait une découverte acquérait à son souverain, et la nature des actes par lesquels il devait compléter l'*adprehensio* ou prise de possession. D'ailleurs le principe lui-même, accordant d'énormes avantages à la simple bonne chance, fut instinctivement méconnu par plusieurs des nations les plus aventureuses de l'Europe, les Hollandais, les An-

glais et les Portugais. Nos compatriotes, sans repousser formellement la règle du droit international, n'admirent jamais dans la pratique la prétention des Espagnols d'accaparer toute la partie de l'Amérique qui est au sud du golfe du Mexique, ni celle des rois de France de monopoliser les vallées de l'Ohio et du Mississipi. De l'avénement d'Élisabeth à celui de Charles II, on ne peut pas dire qu'il ait existé une paix réelle dans les eaux américaines, et les empiétements des colons de la Nouvelle-Angleterre sur le territoire du roi de France continuèrent encore presque un siècle plus tard. Bentham était si frappé de la confusion qui résultait du principe de droit, qu'il a fait à sa façon l'éloge de la fameuse bulle du pape Alexandre VI, partageant les pays du monde non encore découverts entre les Espagnols et les Portugais par une ligne tirée à cent lieues à l'ouest des Açores ; et quoique ces éloges puissent sembler grotesques à première vue, il n'est pas certain que l'arrangement du pape Alexandre fût plus absurde en principe que la règle de droit public qui donnait un demi-continent au monarque dont les serviteurs avaient rempli les conditions exigées par le droit romain pour acquérir la propriété d'un objet que l'on pouvait couvrir avec la main.

Pour tous ceux qui s'occupent des recherches qui font l'objet de ce volume, la doctrine de l'occupation est intéressante, surtout par le service qu'elle a rendu à la jurisprudence spéculative, en lui fournissant une prétendue

explication du droit de propriété privée. On a généralement cru dans un temps que les procédés qui constituaient l'occupation étaient la même chose que ceux par lesquels la terre et les fruits, qui étaient en commun à l'origine, sont devenus la propriété reconnue des individus. Il n'est pas difficile de comprendre l'ordre d'idées qui a conduit à cette proposition, si l'on saisit la nuance qui sépare l'idée de droit naturel chez les anciens de la même idée chez les modernes. Les juristes romains avaient posé en principe que l'occupation était un des modes naturels d'acquisition des biens, et ils croyaient sans aucun doute que si le genre humain vivait sous les institutions de la nature, il pratiquerait l'occupation. Les termes dans lesquels ils expriment cette opinion laissent, comme je l'ai déjà dit, beaucoup d'incertitude quant à la fermeté de leur croyance sur le point de savoir si l'état de nature avait jamais existé ; mais ils semblent avoir conjecturé, ce qui en tout temps a été très-probable, que l'institution de la propriété n'était pas aussi ancienne que le genre humain. Les jurisconsultes modernes, acceptant sans réserve les dogmes de leurs devanciers romains, sont allés bien plus loin qu'eux dans la curiosité avec laquelle ils ont insisté sur le prétendu état de nature. Depuis qu'on a admis que la terre et ses fruits étaient autrefois *res nullius*, et depuis que la doctrine particulière de l'état naturel a fait supposer sans hésitation que le genre humain avait pratiqué l'occupation des *res nullius* longtemps avant l'organisation des sociétés

civiles, on en a conclu immédiatement que l'occupation était le procédé par lequel les « biens de personne » du monde primitif étaient devenus la propriété des individus du monde historique. Il serait fatigant d'énumérer les jurisconsultes qui ont accepté cette théorie sous une forme ou sous l'autre, et il est d'autant moins nécessaire de l'essayer que Blackstone, qui est toujours l'expression des opinions moyennes de son temps, l'a résumée dans le premier chapitre de son second livre :

« La terre, dit-il, et toutes les choses qu'elle contient, était la propriété du genre humain par le don immédiat du Créateur. Non pas que la communauté des biens semble jamais avoir été applicable, même dans les premiers temps, autrement qu'à la substance des choses, sans s'étendre à leur usage. Car, en vertu du droit naturel et de la raison, le premier qui commença à user d'une chose acquit sur elle une sorte de propriété passagère tant qu'il en usait, et pas davantage, ou, pour parler avec plus de précision, le droit de possession durait seulement autant que le fait de la possession. Ainsi, la terre était commune et aucun champ n'était la propriété particulière d'un individu ; cependant ce qui était occupé pour reposer, pour se mettre à l'ombre ou autres usages semblables, devenait pour un temps une sorte de propriété dont il eût été injuste et contraire au droit naturel de chasser l'occupant par force ; mais dès qu'il cessait d'user et d'occuper, un autre pouvait prendre cette portion de terrain sans injustice. » Il explique en-

suite comment, « quand le nombre des hommes augmenta, il devint nécessaire de concevoir l'idée d'une propriété plus durable et d'approprier aux individus, non-seulement l'usage immédiat, mais la substance même de la chose qui en était l'objet. »

Quelques ambiguïtés de langage contenues dans ce passage font soupçonner que Blackstone ne comprenait pas très-bien le sens de la proposition qu'il trouvait dans ses autorités : « que la propriété de la surface de la terre était acquise sous l'empire du droit naturel par l'occupant; » mais la limitation qu'il a mise à cette théorie, à dessein ou pour avoir mal compris, lui donne une forme qu'elle a prise fréquemment. Plusieurs écrivains plus renommés que Blackstone pour la précision de leur langage, ont posé en principe qu'au commencement, l'occupation donna droit à une jouissance exclusive, mais temporaire, et que plus tard, ce droit, demeurant exclusif, était devenu perpétuel. Leur but, en formulant ainsi leur théorie, était de concilier la doctrine que, «dans l'état de nature, les *res nullius* étaient appropriées par l'occupation, » avec la conclusion qu'ils tiraient de l'Écriture, que les patriarches ne s'appropriaient pas d'une manière permanente le sol sur lequel paissaient leurs troupeaux.

La seule critique que l'on puisse adresser immédiatement à la théorie de Blackstone, consiste à rechercher si les circonstances indiquées dans son tableau d'une société primitive sont plus ou moins probables que d'autres incidents qu'il serait aussi facile d'imaginer. En suivant

cette méthode de recherches, nous pourrions bien demander si l'homme qui a occupé une parcelle de terre pour se reposer ou se mettre à l'ombre, pourrait la garder sans être troublé. Il est probable que son droit de possession aurait précisément la même étendue que son pouvoir de le garder, et qu'il pourrait constamment être troublé par le premier qui convoiterait le coin de terre et se croirait assez fort pour en chasser le possesseur. Mais la vérité est qu'il est parfaitement inutile de discuter ces propositions, parce qu'elles n'ont point de base. On peut bien espérer de découvrir ce que les hommes ont fait dans l'état primitif, mais il est impossible de reconnaître les motifs pour lesquels ils ont agi. Ces esquisses de la condition du genre humain dans les premiers âges du monde, sont obtenues en supposant que les hommes ne se trouvent pas placés dans les circonstances où nous les voyons, puis en affirmant que, dans la condition ainsi imaginée, ils conserveraient les sentiments et les préjugés qui les font agir aujourd'hui, — quoique en réalité ces sentiments puissent avoir été créés par ces mêmes circonstances que l'hypothèse fait disparaître.

On a pensé quelquefois qu'un aphorisme de Savigny impliquait une théorie de l'origine de la propriété assez semblable à celle que Blackstone a résumée. Le grand jurisconsulte allemand a posé en principe que toute propriété est fondée sur la possession soutenue et légitimée par la prescription. Ce n'était que pour le droit romain

que Savigny établissait cette proposition, et avant d'en bien comprendre la portée, il faut beaucoup de travail pour expliquer et définir les expressions qui la formulent. Cependant le sens de cette proposition sera indiqué assez exactement, si nous comprenons qu'il est dit qu'aussi loin que portent nos recherches dans les idées de propriété reçues chez les Romains, aussi loin que nous remontions vers l'enfance du droit, nous ne pouvons aller au delà d'une idée de propriété composée de trois éléments : — possession, possession soutenue, c'est-à-dire sans subordination ni permission de qui que ce soit, mais exclusive contre le monde entier, et prescription, ou période de temps pendant laquelle la possession soutenue a été continuée sans interruption. Il est très-probable que cette maxime pourrait être généralisée plus qu'elle ne l'a été par son auteur, et qu'on ne peut espérer aucune conclusion raisonnable et sûre d'investigations dans l'étude du droit qui iraient au delà du point où la combinaison de ces idées constitue la notion du droit de propriété. Cependant, loin de soutenir la théorie vulgaire sur l'origine de la propriété, la formule de Savigny sert surtout à diriger notre attention sur le point faible de cette théorie au point de vue de Blackstone et de ceux dont il suit la trace : c'est la manière de prendre la possession exclusive qui affectait mystérieusement l'esprit de nos pères. Mais ce n'est pas là qu'est le mystère. Il n'est pas étonnant que la proprieté ait commencé par la possession soutenue, ni que le propriétaire

ait été l'homme puissant et armé qui défendait ses biens. Mais comment se fait-il que le temps crée un sentiment de respect pour sa possession? Quelle est la source exacte de ce respect universel des hommes pour ce qui a existé en fait pendant une longue période? Voilà les questions qui méritent l'examen le plus profond, mais qui sont placées bien loin des limites de nos recherches.

Avant d'indiquer de quel côté nous pouvons espérer de glaner quelques informations, pauvres et incertaines, sur l'histoire primitive du droit de propriété, je dirai que, dans mon opinion, l'idée vulgaire relative à l'importance de l'occupation dans les premières périodes de la civilisation est contraire à la vérité. L'occupation est la prise de possession matérielle et consciente; et la notion qu'un acte de ce genre donne un titre à la propriété des objets qui n'appartiennent à personne, loin d'être un caractère des sociétés primitives, est très-probablement la conséquence d'une jurisprudence raffinée et d'un état de droit avancé. C'est seulement lorsque le droit de propriété a été sanctionné par une longue inviolabilité, lorsque le plus grand nombre des objets de jouissance sont devenus matière de la propriété privée, que l'on a accordé à la simple possession le pouvoir de conférer au premier possesseur la propriété des choses qui n'ont pas encore de propriétaire. Le sentiment qui a donné naissance à cette doctrine est absolument incompatible avec l'état de rareté et d'incertitude du droit de propriété

qui caractérise le commencement de la civilisation. Il semble que sa véritable base soit, non pas une force instinctive tendant à l'institution de la propriété, mais la présomption, enfantée par la longue durée de cette institution, que *tout objet doit avoir un propriétaire* Lorsqu'on prend possession d'une *res nullius*, c'est-à-dire d'un objet qui n'a pas ou n'a jamais eu de propriétaire, on permet au possesseur d'en devenir propriétaire, parce-qu'on suppose que tout objet utile doit servir naturellement à la jouissance exclusive de quelqu'un, et que, dans ce cas, il n'y a d'autre personne que l'occupant qui puisse être investi du droit de propriété. L'occupant, en résumé, devient propriétaire parce qu'on présume que toute chose doit être la propriété de quelqu'un, et parce qu'on ne voit personne qui ait plus de droit que lui à la propriété de la chose occupée.

Lors même qu'il n'y a pas d'autre objection aux descriptions de l'état naturel que nous avons discutées, il est un point sur lequel elles s'écartent forcément des témoignages authentiques que nous possédons. On remarquera que les actes et motifs que supposent ces théories sont des actes et des motifs individuels. C'est chaque individu qui souscrit pour sa part au contrat social; c'est le banc de sable mobile dont les grains sont les individus, qui, d'après la théorie de Hobbes, se durcit jusqu'à devenir le roc social, sous la discipline salutaire de la force. C'est un individu qui, dans le tableau tracé par Blackstone, « occupe un coin de terre pour s'y reposer,

s'y mettre à l'ombre ou pour tout autre usage semblable. » Ce vice se retrouve dans toutes les théories descendues du droit naturel des Romains, qui différait principalement de leur droit civil en ceci, qu'il tenait compte des individus, et c'est précisément par là qu'il a rendu le plus grand service à la civilisation, en affranchissant l'individu de l'autorité de la société primitive. L'ancien droit, il faut encore le répéter, ne connaît à peu près point les individus : ce n'est pas d'eux, c'est des familles qu'il s'occupe, c'est du groupe et non de l'homme isolé. Même lorsque les lois de l'État sont parvenues à pénétrer les petits cercles de famille où elles ne pouvaient pénétrer à l'origine, le point de vue auquel elles considèrent les individus est singulièrement différent de celui d'un droit plus avancé. La vie de chaque citoyen n'est pas regardée comme limitée entre la naissance et la mort ; c'est la continuation de l'existence de ses aïeux, qui doit se prolonger dans l'existence de ses descendants.

La distinction romaine entre le droit des personnes et le droit des choses, qui, quoique très-avantageuse, est entièrement artificielle, a évidemment contribué à détourner les recherches sur la matière qui nous occupe de leur vraie direction. Les leçons qu'on apprend en étudiant le *jus personarum* sont oubliées quand on arrive au *jus rerum*, et la propriété, le contrat, le délit, ont été considérés comme si on ne trouvait aucun renseignement sur la nature primitive dans l'étude de la condi-

tion primitive des personnes. La frivolité de cette méthode deviendrait manifeste, si l'on pouvait nous montrer un système de droit primitif pur, et si on essayait d'y appliquer les classifications romaines. On verrait bientôt que la séparation du droit des personnes et du droit relatif aux choses n'a pas de sens dans l'enfance du droit; que les règles appartenant à ces deux divisions sont mêlées ensemble d'une façon inextricable, et que les distinctions des derniers juristes ne conviennent qu'au droit des derniers temps. D'après ce qui a été dit dans la première partie de ce livre, on peut penser qu'il est très-peu probable *à priori* que nous puissions comprendre l'histoire primitive de la propriété, si nous bornons nos études à la propriété individuelle. Il est plus que vraisemblable que c'est la propriété collective et non la propriété individuelle qui est la véritable institution primitive, et que les formes de propriété dont l'étude peut nous instruire sont celles qui se rattachent aux droits des familles et des groupes de parents. Le droit romain ne peut pas nous éclairer dans cette étude, car c'est précisément la jurisprudence romaine qui, transformée par la théorie du droit naturel, a légué aux modernes l'idée que la propriété individuelle est l'état normal du droit, et que la propriété collective d'un groupe d'hommes n'est qu'une exception à la règle générale. Il existe une société qui doit être toujours examinée avec soin par celui qui cherche quelque institution perdue de la société primitive. Quelques changements qu'ait pu

subir cette institution dans la branche de la famille indo-européenne qui est établie depuis des siècles dans l'Inde, on trouvera qu'elle ne s'est pas entièrement séparée de la coquille dans laquelle elle s'est formée. Or, entre les Hindous, nous trouvons une forme de propriété qui doit appeler toute notre attention, parce qu'elle répond exactement aux idées que notre étude du droit des personnes peut nous avoir suggérées sur la condition primitive de la propriété. La communauté de village de l'Inde est en même temps une société patriarcale organisée et une réunion de copropriétaires. Les relations personnelles qu'ont entre eux les hommes qui la composent sont absolument confondues avec leurs droits de propriétaires, et les tentatives faites par les fonctionnaires anglais pour séparer les uns des autres sont une des erreurs les plus énormes de l'administration anglo-indienne. On sait que la communauté de village remonte à une époque très-reculée. Dans quelque direction qu'on ait fait des recherches sur l'histoire générale ou locale de l'Inde, on a toujours trouvé l'existence de la communauté au dernier point auquel elles aient été poussées. Un grand nombre d'écrivains intelligents et bons observateurs, dont la plupart n'avaient aucune théorie à soutenir sur sa nature et son origine, conviennent que c'est une des institutions les plus difficiles à détruire dans une société qui ne sacrifie volontiers à l'innovation aucune de ses coutumes. Les conquêtes et les révolutions semblent avoir passé sur elle sans la troubler ni la dé-

placer, et les systèmes de gouvernement les plus bienfaisants pour l'Inde ont toujours été ceux qui l'ont prise pour base de leur administration.

Le droit romain dans sa maturité, et la jurisprudence moderne qui l'a suivi, considèrent la copropriété comme une condition exceptionnelle et passagère du droit de propriété. Ce point de vue est clairement indiqué dans la maxime qui prévaut dans toute l'Europe occidentale : *Nemo in communione potest invitus detineri* (nul n'est tenu de rester dans l'indivision). Mais, dans l'Inde, l'ordre des idées est inverse, et l'on peut dire que la propriété privée tend toujours à devenir propriété collective. Nous avons déjà indiqué comment les choses se passaient. Dès qu'un enfant naît, il acquiert un droit de copropriété dans les biens de son père : lorsqu'il arrive à sa majorité, il peut, dans certains cas et d'après la lettre de la loi, demander le partage des biens de la famille. En fait cependant, il est rare que le partage ait lieu, même à la mort du père, et quoique chaque individu ait le droit reconnu par la loi de réclamer une part séparée, les propriétés restent indivises pendant plusieurs générations. Le domaine ainsi possédé en commun est quelquefois administré par un gérant élu, mais le plus souvent, et toujours dans quelques provinces, il est administré par l'aîné des agnats, par le représentant le plus âgé de la branche aînée de la famille. Cette réunion de propriétaires indivis, cette corporation de parents possédant un domaine en commun, est la forme la plus simple de la

communauté de village indienne; mais cette communauté est plus qu'une réunion de parents ou d'associés, c'est une société organisée, qui pourvoit, au moyen d'un corps de fonctionnaires, non-seulement à l'administration du fonds commun, mais presque toujours aussi au gouvernement intérieur, à la police, à l'administration de la jus tice, et à la répartition des taxes et charges publiques.

La formation de la communauté de village, telle que je viens de la décrire, peut être considérée comme un type. Cependant il ne faut pas supposer que toute communauté de village indienne se soit formée d'une manière aussi simple. Quoique, à ce qu'on me dit, les archives des provinces du Nord attestent presque toujours que la communauté a été formée par une réunion de parents, elles attestent en même temps que des hommes d'origine étrangère y ont été adjoints de temps en temps, et que l'acquéreur d'une part des biens peut généralement, sous certaines conditions, être admis dans la corporation. Dans le sud de la péninsule, on rencontre fréquemment des communautés qui semblent sorties de deux ou plusieurs familles et non d'une seule : et il en est quelques-unes dont on sait que la composition est entièrement artificielle. Il est vrai que l'agrégation accidentelle d'hommes de castes différentes dans la même société est contraire à la supposition d'une descendance commune ; cependant, dans toutes ces communautés, on conserve la tradition d'une même origine primitive, ou on suppose qu'elle existe. Mountstuart Elphinstone,

qui écrit plus particulièrement sur les communautés de village du Sud, s'exprime en ces termes : « L'idée populaire est que les propriétaires du village sont tous descendus d'un ou de plusieurs individus qui ont fondé le village, et que les seules exceptions qui existent sont celles de personnes qui ont acquis leurs droits par achat ou autrement des membres de la souche primitive. Cette supposition est confirmée par ce fait qu'aujourd'hui même il n'y a qu'une famille de propriétaires dans les petits villages, et un petit nombre dans les grands; mais chacune de ces familles s'est divisée en tant de branches et compte tant de membres, qu'il n'est pas rare de voir tout le travail agricole fait par les propriétaires, sans aide de fermiers ou de journaliers. Les droits de propriétaire sont exercés collectivement, et, quoiqu'il y ait presque toujours entre eux un partage plus ou moins complet, ils ne sont jamais entièrement séparés. Ainsi un propriétaire peut vendre ou hypothéquer ses droits, mais il lui faut pour cela le consentement du village, et l'acquéreur se trouve exactement à sa place et chargé de ses obligations. Lorsqu'une famille s'éteint, sa part revient à la souche commune. »

Quelques considérations exposées dans le cinquième chapitre de ce livre aideront le lecteur, je l'espère, à comprendre la portée de ce passage d'Elphinstone. Il n'est pas probable qu'une institution du monde primitif ait pu se conserver jusqu'à nos jours sans avoir acquis, au moyen d'une fiction légale, une élasticité qu'elle

n'avait pas à l'origine. La communauté de village n'est donc pas nécessairement une réunion de parents : elle est ou une réunion de ce genre, ou une corporation de copropriétaires formée sur le modèle d'une association de parents. Le type auquel elle doit être comparée n'est pas la famille, mais la *gens* romaine. La *gens* était aussi un groupe formé sur le modèle de la famille ; c'était la famille étendue par diverses fictions dont la nature précise se perd dans l'antiquité. Dans les temps historiques, ses caractères principaux étaient justement les deux qu'Elphinstone signale dans la communauté de village. On a toujours supposé la communauté d'origine, supposition qui était souvent contredite par des faits notoires : et, pour répéter les paroles de l'historien, « alors qu'une famille s'éteignait, sa part revenait à la souche commune. » Dans l'ancien droit romain, les successions sans héritier étaient dévolues aux *gentiles*. Tous ceux qui ont étudié l'histoire des communautés de village soupçonnent qu'elles ont été, comme les *gentes*, modifiées par l'admission d'étrangers, mais on ne peut pas savoir au juste aujourd'hui de quelle manière ils ont été admis. Actuellement, comme nous le dit Elphinstone, les communautés se recrutent par des acheteurs de parts avec le consentement des copropriétaires. L'entrée d'un membre étranger a lieu, du reste, comme par succession universelle ; en prenant la part qu'il a achetée, il prend les charges de son vendeur envers le groupe de ses copropriétaires. Il est un *emptor familiæ* et hérite de la dé-

pouille légale de la personne dont il vient tenir la place. Le consentement de la communauté exigé pour son admission peut nous rappeler celui des *comitia curiata*, le parlement de la communauté plus grande de soi-disant parents, qui était l'ancienne république romaine, consentement essentiel à la validité d'une adoption et d'un testament.

On trouve dans tous les caractères des communautés de village indiennes des signes d'une très-haute antiquité. Nous avons tant de motifs particuliers de soupçonner que, dans l'enfance du droit, la propriété collective a prévalu, et que les règles relatives aux personnes ont été mêlées avec celles relatives aux biens, que les obligations privées ont été confondues avec les obligations publiques; que nous pourrions tirer plusieurs conclusions importantes de l'étude de ces communautés propriétaires, lors même qu'on ne découvrirait pas dans une autre partie du monde des sociétés semblables. Mais on trouve que la curiosité la plus vive a été récemment appelée sur une suite de phénomènes semblables observés dans les parties de l'Europe qui ont été le moins affectées par la transformation de la propriété en fief, et qui, sous beaucoup de rapports, ont des affinités avec le monde oriental, en même temps qu'avec le monde occidental. Les recherches de MM. de Haxthausen, Tegoborski et autres, nous ont montré que les villages russes ne sont pas des assemblages fortuits d'êtres humains, ni des réunions fondées sur un contrat; ce sont des com-

munautés organisées naturellement comme celles de l'Inde. Il est vrai qu'en théorie ces villages sont toujours le patrimoine de quelque noble propriétaire, que les paysans ont été convertis en serfs de la glèbe, et jusqu'à un certain point en serfs personnels depuis les temps historiques. Mais le poids de cette propriété supérieure n'a jamais écrasé l'ancienne organisation du village, et il est probable que le décret du czar de Russie qu'on suppose avoir établi le servage, avait pour but réel d'empêcher les paysans d'abandonner cette coopération sans laquelle l'ancien ordre social n'aurait pu longtemps être maintenu. Quant à la supposition de parenté par agnation entre les villageois, quant au mélange des droits personnels et des droits de propriété, et quant à une multitude d'arrangements spontanés pour l'administration intérieure, le village russe semble reproduire exactement la communauté indienne; mais il existe une différence importante que nous remarquons avec le plus grand intérêt. Les copropriétaires d'un village indien, quoique propriétaires en commun, ont des droits distincts, et cette séparation de droits est complète et continue indéfiniment. La séparation des droits est également complète en théorie dans le village russe, mais là elle n'est que temporaire. Après l'expiration d'un temps donné, qui n'est pas partout le même, les droits particuliers sont éteints, les terres du village sont mises en masse, puis redistribuées entre les familles qui composent la communauté, d'après le nombre de leurs mem-

bres. Après cette répartition, les droits des familles et des individus recommencent à se développer en diverses directions, et ils les observent jusqu'à la prochaine période de distribution. On trouve une variété plus curieuse encore de ce type de propriété dans quelques-uns des pays qui ont longtemps été contestés entre la Turquie et la maison d'Autriche. En Servie, en Croatie, chez les Slaves d'Autriche, les villages se composent de communautés dont les membres sont en même temps copropriétaires et parents; mais là, les arrangements intérieurs de la communauté diffèrent de ceux indiqués dans les deux précédents exemples. La propriété commune n'y est ni divisée en pratique, ni considérée en théorie comme divisible, mais toute la terre est cultivée par le travail combiné de tous les villageois, et le produit est annuellement partagé entre les familles, quelquefois d'après leurs besoins supposés, quelquefois d'après des règles qui accordent à des personnes déterminées une part fixe dans les fruits. Les jurisconsultes de l'Europe orientale font remonter ces pratiques à un principe des lois slaves primitives, d'après lequel la propriété des familles ne peut pas être divisée pour toujours.

Le grand intérêt de ces phénomènes dans une étude comme celle-ci, vient de la lumière qu'ils jettent sur le développement du droit de propriété distinct *dans l'intérieur* des groupes auxquels il semble que la propriété ait appartenu à l'origine. Nous avons les plus fortes raisons de penser que la propriété des terres ap-

partenait autrefois, non aux individus ni même aux familles isolées, mais à des sociétés plus étendues, organisées sur le modèle patriarcal; mais la transition, obscure tout au moins, de l'ancienne à la moderne propriété, aurait été infiniment plus obscure, si l'on n'avait pas découvert et étudié plusieurs formes bien marquées de communautés de village. Il convient d'observer les variétés d'arrangements intérieurs dans les groupes partriarcaux qui peuvent ou ont pu récemment être observés chez les peuples d'origine indo-européenne. On dit que les chefs des clans les plus rudes des Highlands, distribuaient la nourriture aux chefs de famille placés sous leurs ordres à de très-courts intervalles, et quelquefois au jour le jour. Une distribution périodique est également faite aux habitants des villages slaves des provinces autrichiennes et turques par les anciens de la corporation, mais c'est une distribution une fois faite de toute la récolte de l'année. Dans les villages russes, la propriété cesse d'être considérée comme indivisible, et on laisse se développer librement les prétentions à la propriété séparée; mais les progrès de la séparation s'arrêtent forcément au bout d'un certain temps. Dans l'Inde, non-seulement il n'y a pas indivisibilité du fonds commun, mais la propriété séparée d'une partie peut être indéfiniment prolongée et se diviser en propriétés dérivées; mais le partage de fait est empêché par la coutume invétérée et par la règle qui défend l'admission des étrangers sans le consentement

de la communauté. Je ne prétends pas dire par là que ces différentes formes de la communauté de village, représentent des stations diverses dans la tranformation du droit de propriété et qu'elles se soient succédé partout de la même manière. Mais, quoique les témoignages que nous possédons ne nous permettent pas d'aller si loin, ils nous permettent de conjecturer que la propriété privée, dans la forme que nous lui connaissons, s'est formée par degrés, principalement par le dégagement des droits individuels des droits collectifs d'une communauté. Nos études sur le droit personnel ont semblé nous montrer la famille se développant dans le groupe des agnats, puis le groupe des agnats se perdant dans des *gentes* séparées, enfin la *gens* remplacée par l'individu; et nos études actuelles semblent indiquer que chaque pas dans cette transformation, correspond à une altération analogue dans la nature de la propriété. S'il y a quelque vérité dans cette indication, il faut observer qu'elle affecte matériellement la solution du problème que se sont généralement proposé les théoriciens sur l'origine de la propriété. La question peut-être insoluble qu'ils ont le plus agitée, est celle de savoir quels étaient les motifs qui portèrent les hommes au commencement à respecter les possessions les uns des autres. On peut encore la poser, sans espérer beaucoup d'y trouver une réponse, sous la forme d'une recherche sur les motifs qui ont porté un groupe d'hommes à respecter le domaine d'un autre groupe. Mais, s'il est vrai que le

passage le plus remarquable dans l'histoire de la propriété privée est son dégagement graduel de la copropriété de la tribu, l'objet des recherches est le même qu'on rencontre à l'origine de toute loi historique : quels sont les motifs qui ont porté d'abord les hommes à se lier dans l'union de famille? La jurisprudence ne peut, sans l'assistance d'autres sciences, donner la réponse. Elle ne peut que constater le fait.

L'état d'indivision de la propriété dans les anciennes sociétés n'exclut pas une exactitude particulière de partage, qui se montre aussitôt qu'une part est complétement séparée du patrimoine du groupe. Ce phénomène vient sans aucun doute de ce qu'on suppose que la propriété séparée devientle domaine d'unenouveau groupe, de telle sorte que toutes les fois qu'on s'occupe d'elle dans son état de division, il s'agit d'une affaire entre deux corps très-complexes. J'ai déjà comparé l'ancien droit au droit international moderne, relativement à la dimension et à la complexité des corporations dont il détermine les droits et les charges. Comme les contrats et les transferts de propriété sont des contrats et des transferts auxquels prennent part, non des individus isolés, mais des sociétés organisées, ils sont remplis d'un grand nombre de formalités ; ils exigent un grand nombre d'actes symboliques et de mots destinés à graver l'acte dans la mémoire de tous ceux qui y prennent part, et ils exigent la présence d'un grand nombre de témoins. De ces particularités et de quelques autres qui

s'y rattachent vient le caractère résistant des anciennes formes de propriété. Quelquefois le patrimoine de la famille est absolument inaliénable, comme chez les Slaves; plus souvent encore, quoique les aliénations ne soient pas absolument défendues, elles sont virtuellement impossibles, comme chez la plupart des tribus germaniques, à cause de la nécessité de faire consentir au transfert un grand nombre de personnes. Là où ces empêchements n'existent pas ou peuvent être surmontés, l'acte de transfert lui-même est surchargé de cérémonies, dans lesquelles il n'est pas prudent de négliger un iota. L'ancien droit n'admet nulle part qu'on se dispense d'un geste, fût-il grotesque; d'une syllabe, quoiqu'on ait pu en avoir oublié le sens; ni d'un seul témoin, quelqu'inutile que puisse être son témoignage. Les cérémonies tout entières doivent être accomplies scrupuleusement par des personnes qui aient légalement le droit d'y concourir, sinon le transfert est nul, et le vendeur est réintégré dans des droits dont il avait vainement essayé de se dépouiller.

Ces divers obstacles à la libre circulation des objets utiles et agréables, commencèrent à se faire sentir aussitôt que la société eut acquis seulement un léger degré d'activité, et les expédients par lesquels les sociétés en progrès essayent de les surmonter forment le fond de l'histoire de la propriété. Il est un de ces expédients qui passe avant les autres à cause de son antiquité et de sa généralité. Il semble que l'idée de classer les biens en

diverses espèces, se soit présentée spontanément à un grand nombre de sociétés primitives. Une espèce de biens est placée plus bas que les autres dans l'ordre de la dignité, mais en même temps elle est débarrassée des liens par lesquels l'antiquité a enchaîné les biens réputés supérieurs. Plus tard, l'avantage plus grand des règles relatives au transfert et à la succession des biens réputés inférieurs est généralement reconnu, et, au moyen d'innovations graduelles, la plasticité de la propriété inférieure est communiquée à la propriété que l'on considère comme supérieure. L'histoire du droit de propriété romain est l'histoire de l'assimilation des choses *mancipi* aux choses *nec mancipi*. L'histoire de la propriété sur le continent européen est l'histoire du renversement du droit féodal relatif aux terres par le droit romain relatif aux meubles; et quoique l'histoire de la propriété en Angleterre ne soit pas près d'être complète, il est visible que le droit qui régit les biens personnels (*personalty*) menace d'absorber et d'anéantir le droit relatif aux biens réels (*realty*).

La seule classification naturelle des objets de jouissance, la seule qui réponde à une différence essentielle des biens, est celle qui les partage en meubles et immeubles. Cette classification, familière aux jurisconsultes, se développa très-lentement dans le droit romain, d'où nous l'avons tirée, et ne fut adoptée définitivement que dans les derniers temps. Les classifications de l'ancien droit ressemblent quelquefois en apparence à celle-ci. Elles

divisent parfois les biens en catégories, et mettent les immeubles dans l'une d'elles ; mais on trouve, ou qu'elles classent avec les immeubles bon nombre d'objets qui n'ont aucun rapport avec eux, ou les séparent de divers droits qui ont avec eux une étroite affinité. Ainsi les choses *mancipi* du droit romain comprenaient non-seulement la terre, mais les esclaves, les chevaux et les bœufs. Le droit écossais classe avec la terre un certain nombre de titres, et le droit hindou classe la terre avec les esclaves. Le droit anglais, d'un autre côté, sépare les baux de terre pour longues années des autres intérêts dans le sol, et les joint aux biens personnels (*personalty*) sous le nom de *chattels real*. D'ailleurs, les classifications de l'ancien droit supposent supériorité et infériorité ; tandis que la distinction entre meubles et immeubles, au moins dans le droit romain, n'emportait aucune idée de différence de dignité. Toutefois, les choses *mancipi* étaient certainement considérées comme supérieures aux choses *nec mancipi* ; les biens que les Écossais appellent *heritable property*, et ceux que les Anglais désignent sous le terme de *realty*, sont supérieurs à ceux désignés sous le nom de *personalty*, auxquels les premiers sont opposés. Les juristes de tous ces systèmes se sont efforcés de rattacher ces classifications à quelques principes intelligibles ; mais on cherchera toujours vainement les motifs de ces classifications dans la philosophie du droit : ils n'appartiennent pas à la philosophie du droit, mais à son histoire. L'explication qui semble comprendre le

plus grand nombre de cas est que les biens honorés plus que les autres sont ceux qui ont été connus les premiers dans chaque société, et qui ont été désignés solennellement sous le nom de *propriétés*. D'un autre côté, les objets qui ne sont pas énumérés entre les plus nobles semblent avoir été placés à un rang inférieur, parce que la connaissance de leur valeur a été postérieure à l'époque à laquelle le catalogue des biens supérieurs a été arrêté. Ils étaient d'abord inconnus, rares, d'un usage limité, ou regardés comme de simples appendices de la propriété supérieure. Ainsi, quoique à Rome on comprît dans les choses *mancipi* un certain nombre d'articles mobiliers d'une grande valeur, les bijoux les plus précieux ne furent jamais comptés entre les choses *mancipi*, parce qu'ils étaient inconnus aux premiers Romains. De même, en Angleterre, les baux désignés sous le nom de *chattels real* ont été classés entre les biens inférieurs compris sous la désignation de *personalty*, à cause de la rareté et du peu de valeur de ces baux sous l'empire de la loi féodale relative aux terres. Mais ce qui est intéressant à constater, c'est que ces biens aient continué à être réputés inférieurs, lorsque leur importance avait augmenté et qu'ils s'étaient multipliés. Pourquoi n'ont-ils pas été compris peu à peu entre les biens les plus favorisés ? On en trouve une raison dans l'entêtement avec lequel l'ancien droit conserve ses classifications. C'est un caractère des esprits sans culture et des sociétés primitives qu'ils ont de la peine à comprendre

une règle générale séparée des applications particulières qui leur sont familières. Ils ne peuvent pas séparer une formule ou maxime générale des exemples spéciaux qu'ils rencontrent dans l'expérience de chaque jour ; et c'est ainsi que la désignation appliquée aux biens les mieux connus, est refusée aux articles qui leur ressemblent exactement, en ce qu'ils sont utiles et matière de droit. Mais à ces influences, qui ont une force particulière lorsqu'il s'agit de quelque chose d'aussi stable que le droit, sont venues se joindre d'autres influences plus en rapport avec le progrès des lumières et des idées d'utilité publique. Les tribunaux et les jurisconsultes deviennent à la fin sensibles aux inconvénients des formalités gênantes exigées pour le transfert, pour la revendication ou la transmission par héritage des biens considérés comme supérieurs, et répugnent à imposer aux autres sortes de biens les formalités juridiques qui caractérisent l'enfance du droit. De là vient une disposition à laisser ces dernières sortes de biens à un rang inférieur dans les classifications de la jurisprudence et à permettre leur transfert par des procédés plus simples que ceux qui, dans les transferts primitifs, sont la pierre d'achoppement de la bonne foi et la courte échelle de la fraude. Nous courons peut-être le risque de ne tenir pas assez de compte des inconvénients des anciennes formes de transfert. Nos actes de transfert sont écrits, de sorte que leur rédaction, méditée avec soin par le jurisconsulte de profession, manque rarement de préci-

sion. Mais les transferts de l'ancien droit n'étaient pas écrits, ils étaient *représentés* : des gestes et des mots remplaçaient la rédaction écrite par un jurisconsulte, et une formule mal prononcée, l'omission d'un acte symbolique aurait annulé la procédure aussi fatalement qu'une erreur matérielle dans l'énumération des *uses* ou des *remainders* [1] aurait annulé il y a cent ans un acte authentique anglais. Encore ne faisons-nous ici ressortir qu'à demi les inconvénients de l'ancien cérémonial. Tant que des transferts étudiés avec soin, qu'ils soient écrits ou représentés, ne sont exigés que pour l'aliénation de la *terre*, les chances d'erreur ne sont pas considérables, parce qu'il est rare qu'on se défasse de la terre avec précipitation. Mais la classe supérieure des biens dans l'ancien monde comprenait non-seulement la terre, mais plusieurs meubles des plus connus et des plus précieux. Lorsque l'activité sociale prit un mouvement plus rapide, il y aurait eu un inconvénient énorme à exiger une forme de transfert très-compliquée pour un cheval ou un bœuf, ou pour le cheptel le plus précieux de l'ancien monde, un esclave. Des marchandises de ce genre doivent avoir été constamment et même ordinairement vendues avec des formalités incomplètes, et par conséquent possédées avec des titres imparfaits.

[1] Les *uses* constituaient un démembrement de la propriété par la création d'usufruits partiels ou totaux, à temps ou à vie. Les *remainders* laissaient la propriété en suspens, dans le cas, par exemple, où les biens légués à une personne passaient, si elle mourait sans enfants, à une autre personne. La loi voulait que toutes les charges de ce genre dont une terre était grevée fussent mentionnées exactement dans les actes translatifs de propriété. C. S.

Les choses *mancipi* du vieux droit romain étaient la terre, — dans les temps historiques, la terre sur le sol italien, — les esclaves et les bêtes de somme, comme les chevaux et les bœufs. Il est impossible de douter que les objets compris dans cette classe fussent les instruments du travail agricole, marchandises de la plus haute importance pour un peuple primitif. Je m'imagine que d'abord ces marchandises étaient appelées par excellence *choses* ou *biens* et que le mode de transfert employé pour elles s'appelait *mancipium* ou mancipation ; mais ce ne fut probablement que beaucoup plus tard qu'on les appela spécialement *res mancipi*, « choses qui exigent une mancipation. » A côté d'elles existait ou est survenue une classe d'objets pour le transfert desquels il ne valait pas la peine de se livrer à tout le cérémonial de la mancipation. Il suffisait qu'en les transférant du vendeur à l'acheteur, on remplît seulement une partie des formalités ordinaires, notamment la remise immédiate et matérielle, ou *tradition*, qui est l'indication la plus apparente d'un changement de propriété. Ces biens furent les *res nec mancipi* de l'ancien droit, « les choses qu'on transfère sans mancipation, » peu estimées probablement d'abord et transmises souvent d'un groupe de propriétaires à un autre. Toutefois, comme la liste des choses *mancipi* était irrévocablement fermée, celle des choses *nec mancipi* pouvait s'étendre indéfiniment ; de sorte que toute nouvelle conquête de l'homme sur le monde matériel ajoutait un article à la liste des choses *nec mancipi* ou

augmentait l'importance de ceux qui y figuraient déjà. Ainsi insensiblement les choses *nec mancipi* arrivèrent à égaler les choses *mancipi*, et l'idée d'une infériorité intrinsèque venant à se dissiper, les hommes commencèrent à remarquer les avantages nombreux des formes de transfert les plus simples sur celles, plus compliquées, qu'exigeait le vénérable cérémonial ancien. Deux des agents du progrès juridique, les fictions et l'équité, furent constamment employés par les jurisconsultes romains pour donner à la tradition les effets pratiques de la mancipation ; et quoique les législateurs romains aient longtemps craint de déclarer que le droit de propriété d'une chose *mancipi* pouvait être immédiatement transféré par la simple remise de l'objet, ce pas fut enfin franchi par Justinien, dans les lois duquel disparaît la différence entre les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi*, et la tradition ou remise devint la seule condition de transfert exigée par le droit. La préférence marquée que les jurisconsultes romains ont accordée dès l'origine à la tradition, les a portés à lui donner dans leur théorie un rang qui a contribué à aveugler leurs disciples modernes sur son histoire. La tradition était classée entre les modes naturels d'acquisition, parce qu'elle était généralement pratiquée dans les tribus italiennes et parce que c'était le procédé qui allait au but par le moyen le plus simple. Si l'on presse un peu les expressions des jurisconsultes, on trouve qu'elles impliquent sans aucun doute que la tradition, qui vient du droit naturel, est

plus ancienne que la mancipation, qui est une institution de la société civile ; et cette idée, je n'ai pas besoin de le dire, est exactement le contraire de la vérité.

La distinction entre les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi* est le type d'une classe de distinctions auxquelles la civilisation doit beaucoup, qui embrasse la masse entière des choses utiles, dont quelques-unes forment seules une classe, tandis que les autres sont abandonnées dans une catégorie moins relevée. Les biens inférieurs sont d'abord, par dédain et négligence, débarrassés des cérémonies gênantes dont l'ancien droit est prodigue ; puis plus tard, dans un état plus avancé de progrès intellectuel, les modes simples de transfert et de revendication qu'on a laissés passer en coutume deviennent un modèle dont l'utilité et la simplicité sont la critique des cérémonies gênantes léguées par l'antiquité. Mais dans quelques sociétés, les entraves qui enchaînent la propriété sont trop compliquées et trop fortes pour tomber aussi aisément. Lorsqu'un fils naît à un Hindou, le droit, comme je l'ai dit, donne à ce fils un intérêt dans la propriété du père et rend son consentement nécessaire pour qu'elle soit aliénée. Dans le même esprit, les coutumes générales des anciens peuples germaniques, — il est remarquable que la coutume anglo-saxonne semble avoir été différente, — défendaient l'aliénation sans le consentement des enfants mâles ; et le droit primitif des Slaves la défendait absolument. Il est évident que des empêchements de ce genre ne peuvent être vain-

cus par une distinction entre les sortes de propriété, d'autant plus que la difficulté s'étend à toutes les choses utiles ; par conséquent, l'ancien droit, quand il entre dans la voie du progrès, y fait face par une distinction d'un autre genre, qui classe les biens, non d'après leur nature, mais d'après leur origine. Dans l'Inde, où nous trouvons des traces des deux systèmes de classification, celui dont nous cherchons ici un exemple se montre dans la différence que le droit hindou établit entre les successions et les acquisitions. Les biens dont le père a hérité sont la propriété commune de ses enfants dès leur naissance ; mais selon la coutume du plus grand nombre des provinces, les biens qu'il acquiert pendant sa vie lui appartiennent en propre et peuvent être transférés à sa convenance. Une distinction semblable se trouvait dans le droit romain, dans lequel le premier empiétement sur la puissance paternelle fut la permission donnée au fils de garder pour lui tout ce qu'il pouvait acquérir au service militaire. Mais il semble que ce soient les Germains qui aient fait de ce mode de classification l'usage le plus étendu. J'ai dit plusieurs fois que l'*allod*, quoique aliénable, ne pouvait être habituellement transféré qu'avec la plus grande difficulté et qu'en outre il passait par héritage exclusivement aux agnats. De là vinrent une multitude de distinctions, tendant toutes à diminuer les inconvénients inhérents à la propriété allodiale. Le *wehrgeld*, par exemple, ou composition pour l'homicide d'un parent, qui occupe une si grande place dans le

droit germanique, n'entrait pas dans le domaine de la famille, et suivait des règles de succession tout à fait différentes. De même le *reipus*, ou amende imposée à la veuve qui se remariait, n'entrait pas dans l'allod de la personne à laquelle elle était payée et suivait un ordre de succession dans lequel les agnats n'avaient point de privilége. Le droit d'ailleurs, comme chez les Hindous, distinguait les acquisitions du chef de la famille des biens dont il avait hérité et lui permettait de disposer des premiers à des conditions plus libérales. Des classifications d'une autre sorte étaient aussi admises et on distinguait la terre des meubles ; mais les biens mobiliers étaient seuls divisés en plusieurs catégories dont chacune était soumise à des règles différentes. Cette exubérance de classification, qui peut nous sembler étrange chez un peuple aussi grossier que les conquérants germains de l'empire romain, peut s'expliquer sans doute par la présence d'un élément considérable de droit romain absorbé par eux pendant leur long séjour sur les frontières de l'empire. Il n'est pas difficile de remonter à la source du plus grand nombre des règles relatives au transfert et à l'héritage des biens qui ne font pas partie de l'*allod*, et de la trouver dans le droit romain auquel ces règles importées par fragments ont été probablement empruntées à des époques différentes. Nous ne pouvons pas même conjecturer jusqu'à quel point les obstacles à la libre circulation des biens ont été levés par ces expédients, car les distinctions dont nous venons

de parler n'ont pas d'histoire moderne. Comme je l'ai déjà dit, la forme allodiale de la propriété s'est perdue dans la forme féodale, et lorsque le système féodal fut consolidé et complet, de toutes les distinctions qui avaient été connues du monde occidental, il ne resta plus que celle entre la terre et les marchandises, entre les immeubles et les meubles. En apparence cette distinction était celle que le droit romain avait fini par accepter; mais le droit du moyen âge différait de celui de Rome en ce qu'il considérait la propriété immobilière comme positivement plus noble que la propriété mobilière. Cependant cet exemple suffit à nous montrer l'importance de la classe d'expédients à laquelle il appartient. Dans tous les pays dont les lois ressemblent au code français, c'est-à-dire dans la plus grande partie du continent européen, le droit relatif aux meubles, qui a toujours été du droit romain, a remplacé et annulé le droit féodal, relatif à la terre. L'Angleterre est le seul pays important dans lequel ce changement, quoique commencé, n'est pas encore près d'être accompli. Nous pouvons ajouter que l'Angleterre est le seul pays considérable de l'Europe dans lequel la distinction des meubles et des immeubles ait été un peu troublée par les influences qui ont éloigné les anciennes classifications des jurisconsultes de la seule qui ait sa base dans la nature. En gros, le droit anglais distingue la terre et les marchandises; mais une certaine classe de marchandises ont été considérées comme des appendices (*heirlooms*) de

la terre et certains intérêts dans la terre ont été classés, par suite de causes historiques, entre les biens personnels ou meubles (*personalty.*) Ce n'est pas le seul cas dans lequel le droit anglais, restant isolé du grand courant des modifications juridiques, a reproduit les phénomènes du droit primitif.

Je vais parler de quelques expédients au moyen desquels on relâcha plus ou moins heureusement les entraves qui pesaient sur le droit de propriété, tout en remarquant que le plan de ce livre ne me permet pas de m'étendre sur ceux qui sont très-anciens. Il convient d'insister sur l'un d'eux, parce que les personnes peu familières avec l'histoire dn droit primitif, auront de la peine à croire qu'un principe que la jurisprudence moderne n'a pu faire admettre que lentement et avec beaucoup de peine, était pratiqué dans l'enfance du droit. Il n'y a pas de principe que les modernes aient adopté avec plus de répugnance et aient moins consenti à pousser jusqu'à ses conséquences légitimes, malgré son utilité, que celui que les Romains connaissaient sous le nom d'*usucapion*, et que les modernes appellent *prescription*. C'était une règle positive de l'ancien droit romain antérieur aux douze tables, que les objets qui avaient été possédés sans interruption pendant un certain temps, devenaient la propriété du possesseur. La période de possession était très-courte, un an ou deux, selon la nature de l'objet, et dans les temps historiques, l'usucapion n'avait cours que lorsque la possession avait

commencé d'une façon particulière; mais il est probable, ce me semble, qu'à une époque moins avancée, la possession était convertie en propriété à des conditions encore moins sévères que celles que nous lisons dans nos auteurs. Comme je l'ai déjà dit, je suis loin d'affirmer que le respect des hommes pour la possession de fait soit un phénomène que la jurisprudence suffise à expliquer; mais il est très-nécessaire d'observer que lorsque les sociétés primitives ont adopté le principe de l'usucapion, elles n'étaient agitées ni par les doutes, ni par les hésitations spéculatives qui ont retardé l'adoption de ce principe chez les modernes. Les juristes modernes ont vu d'abord la prescription avec répugnance et ne l'ont plus tard adoptée qu'avec peine. Dans plusieurs pays, et en Angleterre particulièrement, la loi n'est pas allée plus loin que l'expédient grossier de refuser toute action fondée sur un tort antérieur à une époque déterminée, en général, la première année de quelque règne précédent; et ce ne fut qu'après le moyen âge, et sous le règne de Jacques I[er], que l'Angleterre obtint une loi régulière fort imparfaite sur la prescription. Cette lenteur à adopter un des chapitres les plus fameux du droit romain, qui était sans aucun doute lu constamment par la majorité des légistes européens, est due à l'influence du droit canonique. Les coutumes ecclésiastiques, d'où est sorti le droit canonique, traitant d'intérêts sacrés ou presque sacrés, considéraient naturellement les privilèges qu'elles conféraient comme ne pouvant être

perdus par désuétude pendant quelque temps que ce fût; et par suite, lorsque la jurisprudence ecclésiastique se consolida, elle résista d'une façon particulière à la prescription. Lorsque les jurisconsultes ecclésiastiques présentèrent leur droit canon comme un modèle de législation civile, il eut une influence particulière sur les premiers principes. Il donna aux corps de coutumes qui se formèrent en Europe moins de règles formelles que le droit romain, mais il semble avoir répandu une tendance vers les opinions ecclésiastiques sur un grand nombre de points fondamentaux, et cette tendance acquit de la force à mesure que chaque système se développa. La répugnance pour la prescription fut un des résultats de cette influence; mais je ne crois pas que ce préjugé eût acquis autant de puissance s'il ne s'était pas rencontré avec la doctrine des jurisconsultes scolastiques de l'école réaliste, qui enseignaient que, quelque direction que pût prendre la législation, un droit, quel que fût le temps pendant lequel il avait été négligé, était en fait indestructible. Il existe encore des restes de cette manière de sentir. Partout où on discute sérieusement la philosophie du droit, les questions relatives à la base théorique de la prescription sont chaudement contestées; et c'est encore un problème très-intéressant, en France et en Allemagne, de savoir si une personne qui n'a pas été en possession pendant une série d'années est privée de sa propriété comme une punition de sa négligence, où si elle la perd

parce que la loi ne veut pas des contestations sans fin. Mais aucun scrupule de cette espèce ne troublait l'esprit de la société romaine primitive. Ses anciennes coutumes privaient de propriété quiconque avait cessé d'être en possession, sous certaines conditions, pendant un ou deux ans. Il n'est pas facile de dire quelle était exactement la teneur de la règle d'usucapion dans sa forme primitive; mais, prise avec les limitations que nous trouvons indiquées dans les livres, c'était une garantie fort utile contre les inconvénients d'un système de transfert trop compliqué. Pour jouir de l'avantage de l'usucapion, il fallait que la possession soutenue eût commencé de bonne foi, c'est-à-dire avec la croyance de la part du possesseur qu'il acquérait légitimement la propriété; il fallait en outre que l'objet lui eût été transféré par quelque mode d'aliénation qui, sans suffire à lui donner un titre complet, fût au moins reconnu par la loi. Ainsi, dans le cas d'une mancipation, avec quelque négligence qu'eût été accomplie la cérémonie, si elle était allée jusqu'à la tradition ou remise, le vice du titre était couvert par l'usucapion en deux ans au plus. Je ne connais rien dans la pratique des Romains qui atteste à un aussi haut degré leur génie juridique que l'usage qu'ils firent de l'usucapion. Les difficultés qui les entouraient étaient à peu près les mêmes qui embarrassaient et embarrassent encore les légistes anglais. Grâce à la complication de leur système, qu'ils n'avaient ni assez de courage ni assez de puissance pour

reconstruire, le droit réel se trouvait constamment séparé du droit positif; celui qui était propriétaire en équité ne l'était pas en droit. Mais l'usucapion, employée par les jurisconsultes, fournit un mécanisme par lequel le défaut de régularité du titre de propriété était constamment couvert, et au moyen duquel la propriété et la possession, séparées pour un moment, se réunissaient de nouveau dans le plus bref délai possible. L'usucapion ne perdit point ses avantages jusqu'aux réformes de Justinien. Mais dès que le droit et l'équité se confondirent, lorsque la mancipation cessa d'être le transfert romain, l'ancien expédient devint inutile, et l'usucapion, dont le temps fut considérablement allongé, devint la prescription, qui a été adoptée enfin par presque tous les systèmes de droit moderne.

Je mentionnerai brièvement un autre expédient qui a le même objet que le précédent et qui, bien qu'il ne paraisse pas au commencement de l'histoire du droit anglais, remonte à la plus haute antiquité dans le droit romain ; il est si ancien que quelques romanistes allemands, ne prenant pas assez garde à la lumière que jette sur cette matière l'analogie du droit anglais, ont cru qu'il était plus vieux que la mancipation. Je veux parler de la *cession in jure,* revendication fictive devant un tribunal d'une propriété qu'on veut acheter. Le demandeur réclamait l'objet en question dans les formes ordinaires de la procédure ; le défendeur faisait défaut, et l'objet, par conséquent, était adjugé au demandeur.

Je n'ai guère besoin de rappeler aux légistes anglais que cet expédient vint à l'esprit de nos pères, et produisit ces fameuses amendes et revendications[1] (*fines and recoveries*) qui ont tant servi à faire tomber les plus lourdes entraves du droit féodal sur la transmission des terres. Il y a bien des choses communes entre l'expédient romain et l'expédient anglais, et ils s'éclairent l'un l'autre d'une façon fort instructive; mais il existe entre eux cette différence que le but des légistes anglais était d'écarter des difficultés qui existaient dans le titre, tandis que les jurisconsultes romains cherchaient à les prévenir, en substituant une forme de transfert nécessairement inattaquable à une forme trop souvent attaquée. En réalité, c'est un expédient qui se présente à l'esprit aussitôt que les tribunaux fonctionnent constamment, sans altération des idées primi-

[1] Dans l'action appelée *fine*, l'acheteur intentait un procès au vendeur, sous prétexte qu'une ancienne convention arrêtée entre eux n'avait pas été exécutée. Le défendeur proposait un arrangement que le juge l'autorisait à conclure, et par lequel il reconnaissait que la terre qui faisait l'objet du procès appartenait au demandeur. Les deux amendes (*fines*) qu'il fallait payer, l'une en intentant l'action, l'autre en proposant un arrangement, ont donné leur nom à cette forme d'achat-vente.

Dans la *recovery* ou revendication, l'acheteur intente une action, sous prétexte que le vendeur détient indûment une terre qui appartient à lui, demandeur. Le défendeur appelle en garantie un homme de paille, qui est censé lui avoir vendu la terre. Celui-ci, après avoir comparu, fait défaut, et la terre est adjugée au demandeur, sauf recours du défendeur contre son prétendu vendeur.

Ces deux formes d'aliénation avaient pour objet principal d'écarter les prétentions de ceux qui auraient invoqué un droit à la possession de la terre en vertu d'une substitution ou autre cause de ce genre.

Voy., pour la description des actions, Blackstone, livre II, chap. XXI, et pour les motifs, même livre, chap. VII. C. S.

tives. Dans un état avancé de jurisprudence, les tribunaux considèrent un procès fictif comme un abus de la procédure; mais il y a toujours eu un temps où, pourvu qu'on observât scrupuleusement les formes, ils ne songeaient pas à demander davantage.

L'influence des tribunaux et de leur procédure sur la propriété a été très-étendue; mais le sujet est trop vaste pour les dimensions de ce livre, et nous conduirait plus loin dans l'histoire du droit qu'il ne convient à notre plan. Nous devons toutefois dire que c'est à cette influence que nous devons la distinction importante entre propriété et possession, — non pas la distinction elle-même, qui, selon les paroles d'un grand romaniste anglais, n'est autre chose que la distinction entre le droit et le pouvoir physique d'agir sur une chose, — mais l'importance extraordinaire acquise par cette distinction dans la philosophie du droit. La plupart des personnes bien élevées connaissent assez la littérature juridique pour avoir ouï dire que le langage des juristes romains relatif à la possession a causé longtemps les plus grands doutes, et que la solution de l'énigme, due à Savigny, a été la principale preuve de son génie. En réalité, la possession, dans les termes où en parlent les juristes romains, ne semble pas très-facile à comprendre. Le mot, comme l'indique son étymologie, doit avoir désigné à l'origine le contact physique ou la faculté de produire à volonté ce contact; mais dans l'usage ordinaire et sans épithète, il désigne non pas simplement la détention

matérielle, mais la détention jointe à l'intention de conserver comme propriétaire la chose détenue. Savigny, suivant Niebuhr, s'aperçut que cette anomalie ne pouvait avoir qu'une origine historique. Il fit remarquer que les patriciens de Rome, qui étaient devenus fermiers, sous une redevance nominale, de la plus grande partie des terres publiques, étaient, d'après l'ancien droit romain, de simples possesseurs, mais des possesseurs résolus à garder la terre contre tout venant. Leur prétention, en réalité, était à peu près la même que celle qu'ont élevée récemment en Angleterre les fermiers des biens d'Église. Tout en reconnaissant qu'en théorie ils étaient des fermiers de l'État congédiables à volonté, ils soutenaient que le temps et une jouissance continue avaient transformé leur tenure en une espèce de propriété, et qu'il serait injuste de les congédier pour procéder à une nouvelle distribution des terres. L'association de cette prétention et des fermages patriciens eut une influence permanente sur le sens du mot « possession. » En attendant, le seul moyen juridique dont les fermiers pouvaient se servir, si l'on voulait les chasser ou les troubler, était l'interdit possessoire, procédure sommaire du droit romain imaginée formellement par le préteur pour les protéger, ou, d'après une autre théorie, employée autrefois pour maintenir un plaideur en possession provisoire jusqu'au règlement définitif du procès. On vint à comprendre que quiconque possédait comme propriétaire pouvait demander l'interdit, et par un système de

procédure très-artificiel, l'interdit prit une forme appropriée au jugement de prétentions opposées sur un terrain contesté. Alors commença un mouvement qui, selon l'observation de M. John Austin, s'est reproduit exactement dans le droit anglais. Les propriétaires, *domini*, commencèrent à préférer les formes plus simples et la marche plus rapide de l'interdit aux formalités longues et compliquées de l'action réelle, et pour se servir de la procédure possessoire, ils invoquèrent la possession, qui était contenue dans leur droit de propriété. La faculté accordée à des personnes qui n'étaient pas possesseurs proprement dits, mais propriétaires, de défendre leurs droits par l'action possessoire peut avoir été dans le principe un bienfait; mais elle a eu pour effet dernier d'altérer sérieusement le droit romain et le droit anglais. Le droit romain doit à cette procédure quelques-unes de ses subtilités au sujet de la possession qui ont tant contribué à le discréditer, et le droit anglais, après que les actions destinées à revendiquer la propriété foncière furent tombées dans une extrême confusion, a dû se débarrasser de cette masse embrouillée par un remède héroïque. Personne ne peut douter que l'abolition virtuelle de l'action réelle anglaise, qui eut lieu il y a environ trente ans, ne fût très-avantageuse au public; mais les personnes qui aiment l'ordre dans le droit regretteront qu'au lieu de nettoyer, de perfectionner et de simplifier les vraies actions du propriétaire, nous les ayons sacrifiées toutes à l'action possessoire de l'évic-

tion, fondant ainsi sur une fiction légale tout notre système de revendication de la terre.

Les tribunaux ont aussi puissamment aidé à modifier les idées relatives à la propriété par la distinction entre le droit et l'équité, qui se montre toujours à l'origine comme la distinction de deux juridictions séparées. La propriété d'équité, en Angleterre, est simplement celle qui est sous la juridiction de la Cour de la chancellerie. A Rome, l'édit du préteur introduisit ses nouveaux principes par une promesse que, dans certaines circonstances, une action particulière ou un moyen de défense serait accepté; et en conséquence, la propriété *in bonis*, ou propriété d'équité dans le droit romain, était uniquement défendue par une procédure qui naissait de l'édit. Le mécanisme par lequel les droits fondés sur l'équité étaient défendus contre ceux du propriétaire suivant le droit, est un peu différent dans les deux systèmes. Chez nous, les droits d'équité sont garantis par une injonction de la Cour de chancellerie. Mais pendant le temps où le droit et l'équité, n'étant pas encore consolidés en système, étaient administrés par la même cour suivant les règles romaines, il n'y avait pas d'injonction, et le magistrat prenait le moyen plus simple de refuser au propriétaire suivant le droit les actions et moyens de défense par lesquels il aurait pu obtenir les biens qui, en équité, appartenaient à un autre. Le résultat pratique des deux systèmes était à peu près le même. L'un et l'autre, au moyen de dis-

tinctions de procédure, pouvaient maintenir de nouvelles formes de propriété dans une sorte d'existence provisoire jusqu'à ce que, par laps de temps, ces propriétés fussent devenues conformes au droit. De cette manière, le préteur romain conférait immédiatement le droit de propriété à la personne qui avait acquis une chose *mancipi* par simple tradition, sans attendre que l'usucapion fût complète. De même, à une époque, il reconnut la propriété du créancier hypothécaire (antichrèse) qui avait commencé par être un simple dépositaire, et celle de l'emphytéote ou fermier d'une terre à rente perpétuelle fixe. Suivant une marche parallèle, la Cour de chancellerie anglaise créa un droit de propriété spécial pour le créancier hypothécaire (*mortgagor*), pour *cestui que trust*, pour la femme mariée qui a l'avantage d'une sorte particulière de contrat, et pour l'acheteur qui n'a pas encore acquis la propriété légale complète. Tous ces exemples nous montrent des formes de propriété visiblement nouvelles reconnues et conservées. Mais la propriété a été affectée indirectement de mille manières par l'équité, aussi bien en Angleterre qu'à Rome. Dans quelques recoins de la jurisprudence que ses auteurs aient porté le puissant instrument dont ils disposaient, ils ont rencontré, touché et modifié plus ou moins le droit de propriété. Lorsque, dans les pages précédentes, j'ai parlé de quelques distinctions légales et de quelques expédients anciens comme ayant affecté l'histoire de la propriété, je voulais dire que la plus grande partie

de leur influence était venue des idées de perfectionnement répandues dans l'atmosphère intellectuelle que respiraient les auteurs des systèmes d'équité.

Pour décrire l'influence de l'équité sur la propriété, il faudrait décrire son histoire jusqu'à nos jours. J'en ai parlé principalement parce que plusieurs écrivains contemporains estimés, ont cru que la distinction romaine de la propriété d'équité et de la propriété légale nous expliquait la différence de l'idée de propriété qui distingue visiblement le droit du moyen âge du droit de l'empire romain. Le caractère principal de l'idée féodale est la reconnaissance d'une double propriété, celle du seigneur du fief coexistant avec la propriété inférieure du tenancier. Ce double droit de propriété ressemble, dit-on, beaucoup à une forme généralisée de la distinction romaine des propriétés quiritaires, ou de droit, comme nous dirions aujourd'hui, et des propriétés *bonitaires*, ou d'équité. Gaïus lui-même observe que la distinction de deux sortes de propriétés est une singularité du droit romain, et l'oppose à la propriété complète ou allodiale à laquelle d'autres nations étaient accoutumées. Justinien, il est vrai, ne reconnut plus qu'une sorte de propriété ; mais c'est avec le système partiellement réformé de l'empire d'Occident, et non avec le droit de Justinien, que les Barbares se trouvèrent en contact durant plusieurs siècles. Pendant qu'ils campaient sur la frontière de l'empire, il est bien possible qu'ils aient appris cette distinction, qui plus tard eut

des résultats remarquables. Pour admettre cette théorie, il faut, en tout cas, reconnaître que les éléments de droit romain contenus dans les divers corps de coutumes barbares ont été très-imparfaitement étudiés. Les théories erronées ou insuffisantes qui ont expliqué la féodalité se ressemblent par leur tendance commune à détourner l'attention de cet élément particulier de l'organisation féodale. Les anciens auteurs qui ont eu le plus d'autorité en Angleterre, attachaient une importance exclusive aux détails de l'époque turbulente dans laquelle se compléta le système féodal ; et récemment une nouvelle source d'erreurs a été ajoutée à celles qui existaient déjà, par cet orgueil de nationalité qui a fait exagérer aux écrivains allemands l'état d'avancement de l'organisation sociale établie par leurs ancêtres avant leur apparition dans le monde romain. Un ou deux écrivains anglais, qui ont bien vu d'où venait la fondation du système féodal, n'ont pu aboutir dans leurs recherches à aucun résultat satisfaisant, soit pour avoir cherché trop exclusivement des analogies dans les compilations de Justinien, soit pour avoir borné leur attention aux abrégés de droit romain qui se trouvent joints aux codes barbares que nous possédons. Mais si le droit romain a eu quelque influence sur les sociétés barbares, il a probablement produit la plus grande partie de ses effets avant la loi de Justinien et avant la rédaction de ces abrégés. Ce n'est pas le droit réformé et purifié de Justinien, mais le système indigeste qui régnait dans l'em-

pire d'Occident, et que le *Corpus juris* de l'empire d'Orient n'a jamais remplacé, qui, dans mon opinion, a fourni la chair et les muscles qui ont couvert le pauvre squelette des coutumes barbares. Il faut supposer que le changement a eu lieu avant que les tribus germaines se fussent approprié comme conquérantes aucune partie de l'empire romain, et par conséquent longtemps avant que les rois germains eussent fait rédiger des abrégés de droit romain pour l'usage de leurs sujets Romains. Quiconque est capable d'apprécier la différence qui existe entre le droit primitif et le droit perfectionné, sentira la nécessité d'une hypothèse de ce genre. Quelque grossières que soient les lois des Barbares que nous possédons, elles ne le sont pas assez pour qu'on puisse supposer qu'elles sont d'origine purement barbare ; et nous n'avons aucune raison de croire que nous possédions par écrit plus qu'une partie des règles qui étaient pratiquées entre les membres des tribus conquérantes. Si nous pouvons nous persuader une bonne fois qu'un élément considérable de droit romain corrompu existait déjà dans les systèmes barbares, nous aurons fait quelque chose pour écarter une grave difficulté. Le droit germanique des conquérants et le droit romain de leurs sujets ne se seraient pas combinés, s'ils n'avaient pas eu plus d'affinité l'un pour l'autre qu'un droit raffiné n'en a pour des coutumes de sauvages. Il est très-probable que les codes des Barbares, tout primitifs qu'ils paraissent, ne sont qu'un composé de coutumes primitives et de droit ro-

main à demi compris, et que c'est cet élément étranger qui leur permit de se fondre avec une jurisprudence romaine, qui avait déjà perdu quelque chose de la perfection relative qu'elle avait acquise sous les empereurs d'Occident.

Mais en admettant tout ceci, il reste plusieurs considérations qui rendent peu probable que la forme féodale de propriété soit venue directement de la double forme de propriété chez les Romains. La distinction entre la propriété de droit et la propriété d'équité nous frappe comme une subtilité peu intelligible pour des barbares ; d'ailleurs elle ne peut guère être comprise qu'avec l'existence de tribunaux réguliers. Mais l'objection la plus forte qui existe contre cette théorie est tirée de l'existence en droit romain d'une forme de propriété, créée, il est vrai, par la jurisprudence d'équité, qui nous fournit une explication beaucoup plus simple de la transition d'une suite d'idées à l'autre. C'est l'emphytéose, sur laquelle a été établi souvent le fief du moyen âge, sans qu'on sût bien la part exacte qu'elle avait eue dans l'enfantement de la propriété féodale. Il est certain que l'emphytéose, quoique probablement elle ne fût pas encore connue sous son nom grec, marque un courant d'idées qui aboutit à la féodalité. La première mention que l'on trouve dans l'histoire romaine de propriétés trop grandes pour être cultivées par un *pater familias* avec ses fils et ses esclaves, se rencontre à l'époque où il s'agit des propriétés des patriciens romains. Ces grands

propriétaires semblent n'avoir eu aucune idée de la culture par des fermiers libres. Leurs *latifundia* étaient tous cultivés par des bandes d'esclaves dirigés par des commandeurs, esclaves ou affranchis; toute l'organisation consistait à diviser les esclaves inférieurs en petits groupes, et en faisant de chaque groupe le pécule d'esclaves meilleurs et dignes de confiance, intéressés à ce que le travail fût productif. Toutefois ce système était spécialement désavantageux à une classe de propriétaires fonciers, les municipalités. En Italie, les fonctionnaires changeaient avec une rapidité qui nous surprend souvent dans l'administration même de Rome, de telle sorte que la surveillance d'un grand domaine foncier par une municipalité italienne doit avoir été très-imparfaite. Aussi nous dit-on que ce fut par les municipalités que commença l'usage d'affermer les *agri vectigales*, c'est-à-dire d'affermer la terre à perpétuité à un fermier libre, sous une rente fixe et à certaines conditions. Ce plan fut plus tard imité par un grand nombre de propriétaires, et le fermier, dont les relations avec le bailleur avaient été définies à l'origine par son contrat, fut reconnu plus tard par le préteur comme ayant une sorte de propriété qui devint connue sous le nom d'emphytéose. A dater de ce moment, l'histoire de la tenure des terres se divise en deux branches. Dans le cours de cette longue période, pendant laquelle nos renseignements sur l'empire romain sont le plus incomplets, les bandes d'esclaves des grandes familles romaines se trans-

formèrent en *coloni*, dont l'origine et la condition forment un des problèmes les plus obscurs de toute l'histoire. On peut soupçonner que la transformation eut lieu à la fois par l'élévation des esclaves et par l'abaissement des fermiers libres, et que le colonat prouve que les riches de l'empire romain s'étaient aperçus de l'accroissement de valeur que prend la propriété foncière lorsque le cultivateur est intéressé dans le produit. Nous savons que les *coloni* étaient serfs ruraux, que leur état était différent sur plusieurs points de l'esclavage complet, et qu'ils s'acquittaient envers le maître en lui donnant une portion déterminée de la récolte. Nous savons en outre qu'ils ont survécu à toutes les révolutions du monde ancien et du monde moderne. Quoiqu'ils occupassent les rangs inférieurs de l'établissement féodal, ils ont continué dans plusieurs pays à donner au propriétaire précisément les mêmes redevances qu'ils avaient payées au *dominus* romain, et d'une classe d'entre eux, les *medietarii*, qui donnaient la moitié de la récolte au propriétaire, descendent les métayers qui cultivent encore le sol de presque tout le sud de l'Europe. D'un autre côté, l'emphytéose, si nous pouvons interpréter ainsi les allusions qui y sont faites dans le *Corpus juris*, devînt une modification courante et utile du droit de propriété; et on peut conjecturer que partout où il existait des fermiers libres, leurs intérêts furent réglés par cette tenure. Le préteur, comme nous l'avons dit, traita l'emphytéote comme un vrai propriétaire. Lorsqu'il était

chassé, il pouvait rentrer par l'action réelle, l'action spéciale du propriétaire, et il était protégé contre toute espèce de trouble du chef du bailleur tant que le *canon*, ou rente perpétuelle, était ponctuellement payé. Mais cependant il ne faut pas supposer que la propriété du bailleur fût éteinte ou suspendue. Elle se conservait par la faculté de rentrer en possession en cas de non-payement de la rente, par le droit de préemption en cas de vente, et par un certain pouvoir de contrôle sur le mode de culture. Nous avons donc dans l'emphytéose un exemple frappant des deux sortes de propriété qui caractérisent l'époque féodale, et un exemple plus facile à imiter que la distinction de la propriété de droit et de la propriété d'équité. Mais l'histoire de la tenure romaine ne finit pas là. Nous avons des preuves certaines qu'entre les grandes forteresses placées sur la ligne du Rhin et du Danube qui garantirent longtemps la frontière de l'empire contre ses voisins barbares, s'étendait une suite de champs, les *agri limitrophi*, occupés par les vétérans de l'armée romaine, à titre d'emphytéotes. Il y avait là double propriété. L'État romain était maître du sol, mais les soldats le cultivaient sans être troublés, tant qu'ils se tenaient prêts à répondre à l'appel pour le service militaire, si l'état de la frontière l'exigeait. En réalité, une sorte de service de garnison, sous un régime ressemblant beaucoup à celui des colonies militaires de la frontière austro-turque, avait remplacé la rente perpétuelle, qui était la redevance de l'emphytéote ordinaire. Il sem-

ble impossible de douter que ce fût là le précédent copié par les rois barbares qui fondèrent la féodalité. Ils avaient vu fonctionner l'emphytéose pendant quelques centaines d'années, et un grand nombre de vétérans qui gardaient la frontière étaient eux-mêmes, il ne faut pas l'oublier, d'origine barbare et parlaient probablement les langues germaniques. La proximité d'un modèle si facile à imiter explique d'où les rois francs et lombards tirèrent l'idée de s'assurer le service militaire de leurs soldats en leur donnant des terres de leurs domaines ; elle explique peut-être aussi la tendance à l'hérédité qui se montra immédiatement chez les bénéficiers, parce que l'emphytéose, quoique pouvant être ramenée aux termes du contrat originel, passait pourtant en règle générale aux héritiers de l'emphytéote. Il est vrai que le détenteur d'un bénéfice, et plus tard le seigneur d'un des fiefs dans lesquels se transformèrent les bénéfices, semble avoir dû certains services qu'il n'est pas probable qu'on ait demandés à un colon militaire, et qui n'étaient certainement pas rendus par l'emphytéote. Le devoir de respect et de gratitude pour le supérieur féodal, l'obligation de l'aider à doter sa fille et à armer son fils, l'obligation d'être sous sa tutelle en minorité et plusieurs autres détails de la tenure, doivent avoir été littéralement empruntés aux relations que le droit romain établissait entre le patron et l'affranchi, c'est-à-dire entre l'ancien maître et l'ancien esclave. Mais on sait que les premiers bénéficiaires accompagnaient le souverain, et il est

inconstestable que cette position, toute brillante qu'elle paraisse, comportait quelque chose de la servitude. La personne qui servait le souverain dans sa cour avait abandonné une partie de cette liberté personnelle complète, qui était le plus haut privilége du propriétaire allodial.

CHAPITRE IX.

Histoire primitive du contrat.

Peu de propositions générales relatives au siècle dans lequel nous vivons, semblent devoir être plus promptement acceptées que celle-ci : « La société de notre temps se distingue principalement de celle des générations précédentes par la grande place qu'y occupe le contrat. » Quelques-uns des phénomènes sur lesquels repose cette proposition sont très-fréquemment signalés et commentés avec éloge. Peu de personnes observent assez médiocrement pour ne pas voir que, dans les cas innombrables où l'ancien droit fixait d'une manière irrévocable la position d'un homme dès sa naissance, le droit moderne lui permet de la créer lui-même par des conventions ; les rares exceptions à cette règle qui existent encore sont dénoncées chaque jour avec une indignation passionnée. Ainsi, par exemple, la question réellement discutée dans la vigoureuse controverse qui dure encore sur l'esclavage des nègres, est de savoir si l'état d'esclave n'appartient pas aux institutions du passé et si la relation d'entrepreneur à ouvrier, la seule qu'admette la

morale moderne, n'est pas une relation exclusivement déterminée par contrat. La reconnaissance de cette différence entre les siècles passés et le présent forme l'essence des spéculations contemporaines les plus renommées. Il est certain que la science de l'économie politique, la seule branche des sciences morales qui ait fait des progrès considérables de notre temps, ne répondrait plus aux faits réels s'il n'était pas vrai que le droit impératif eût abandonné la plus grande partie de la place qu'il occupait autrefois, pour laisser aux hommes la faculté de s'imposer des règles de conduite avec une liberté inconnue jusqu'à ces derniers temps. Le penchant de la plupart des personnes versées dans l'économie politique est de considérer la vérité générale sur laquelle leur science repose comme devant devenir universelle, et lorsqu'elles passent aux applications d'art, leurs efforts tendent ordinairement à augmenter le domaine des contrats et à réduire celui du droit impératif à ce qui est nécessaire pour l'exécution des contrats. L'impulsion donnée par les penseurs qui professent ces idées, commence à être fortement sentie dans le monde occidental. Les législateurs ont presque avoué qu'ils ne peuvent suivre l'activité humaine dans ses découvertes, dans ses inventions et dans ses manipulations des richesses accumulées ; et le droit des pays même les moins avancés tend de plus en plus à devenir une simple surface sous laquelle se meuvent des règles contractuelles toujours changeantes, dont il ne s'occupe que pour assurer l'observation

de quelques principes fondamentaux ou pour punir les violations de la bonne foi.

Les études sociales, en ce qui touche aux phénomènes juridiques, sont si arriérées que nous ne devons pas être surpris de ne pas trouver ces vérités constatées dans les lieux communs qui ont cours sur les progrès de la société. Ces lieux communs répondent bien plus à nos préjugés qu'à nos convictions. La répugnance violente de la plupart des hommes à considérer la morale comme progressive, semble avoir une puissance spéciale quand on met en question les vertus dont dépend le contrat, et bien des personnes se refusent instinctivement à reconnaître que la bonne foi et la confiance en nos semblables sont plus générales qu'autrefois, et qu'il y ait quelque chose dans nos mœurs contemporaines qui égale la fidélité (*loyalty*) du monde antique. De temps en temps ces préjugés se fortifient par le spectacle de fraudes dont on n'avait point ouï parler auparavant, et dont la complication nous étonne en même temps que leur criminalité nous révolte. Mais le caractère même de ces fraudes montre clairement qu'avant qu'elles fussent possibles, il fallait que les obligations morales dont elles sont la violation fussent développées dans des proportions considérables. C'est la confiance obtenue et méritée par le grand nombre qui présente des facilités à la mauvaise foi du petit nombre ; de sorte que si l'on voit des exemples colossaux d'improbité, on peut en conclure à coup sûr qu'une honnêteté scrupuleuse règne

dans la moyenne des affaires qui, dans des cas particuliers, ont fourni une occasion favorable aux criminels. Si nous cherchons les indications que nous fournit le droit sur l'histoire de la moralité, non plus dans le chapitre des contrats, mais dans celui des crimes, nous devons avoir soin de le lire correctement. La seule forme de coquinerie dont s'occupe le plus ancien droit romain est le vol. Au moment où j'écris, le dernier chapitre du droit criminel anglais est celui qui établit une peine contre les fraudes des mandataires. Il ne faut pas conclure de là que les premiers Romains avaient plus de moralité que nous. Nous devons plutôt dire que, dans le temps qui s'est écoulé d'eux à nous, la morale, qui était grossière, est devenue raffinée : on regardait le droit de propriété comme le seul qui fût sacré, on regarde aujourd'hui les droits qui naissent d'un acte de confiance de la part d'une seule personne comme dignes d'être protégés par la loi pénale.

Les définitions théoriques des jurisconsultes ne se rapprochent guère plus de la vérité sur ce point que les opinions de la multitude. A commencer par les jurisconsultes romains, nous trouvons leurs idées en contradiction avec l'histoire vraie du progrès moral et juridique. Ils appelaient spécialement contrats *juris gentium* ceux dans lesquels l'engagement des parties était le seul élément constitutif, et quoique ces contrats fussent sans aucun doute les derniers-nés du régime romain, l'expression employée suppose, si on lui cherche un sens défini,

qu'ils étaient plus anciens que certaines autres formes d'engagement consacrées par le droit romain, dans lesquelles la négligence d'une simple formalité technique rendait l'obligation aussi nulle que le défaut de consentement commun ou la fraude. Mais l'antiquité à laquelle faisaient allusion les jurisconsultes était vague, obscure et inintelligible, si on ne l'expliquait par le présent ; et ce n'est qu'alors que le langage des jurisconsultes romains fut adopté, par un temps où l'on ne comprenait plus les formes de leur pensée, que l'on considéra clairement un contrat du droit des nations comme un contrat connu des hommes dans l'état de nature. Rousseau adopta l'erreur juridique et l'erreur populaire. Dans sa dissertation relative à l'influence des arts et des sciences sur la morale, le premier de ses ouvrages qui attira l'attention et celui dans lequel il formule de la façon la plus absolue les opinions qui firent de lui le fondateur d'une secte, la véracité et la bonne foi attribuées aux anciens Persans sont plusieurs fois citées comme des traits d'innocence primitive, qui ont été peu à peu effacés par la civilisation ; et plus tard il trouva dans la doctrine d'un contrat social primitif une base pour toutes ses spéculations. Le contrat social est la forme la plus systématique de l'erreur que nous discutons. Cette théorie, à laquelle les passions politiques ont donné une grande importance, tire toute sa force des spéculations des jurisconsultes. Il est sans doute vrai que les Anglais fameux qui, les premiers, s'attachèrent à elle, l'appré-

ciaient surtout pour l'usage politique qu'on pouvait en faire; mais, comme je vais essayer de l'expliquer, ils n'en auraient jamais eu l'idée si les hommes politiques n'avaient longtemps agité leurs controverses dans la langue du droit. Les auteurs anglais de cette théorie comprenaient bien aussi sa largeur spéculative, qui la fit tant aimer aux Français qui héritèrent d'eux. Leurs écrits montrent qu'ils la croyaient capable de rendre compte de tous les phénomènes politiques. Ils avaient observé le fait, déjà apparent de leur temps, que le plus grand nombre des règles positives auxquelles obéissaient les hommes naissaient des contrats, et le plus petit nombre seulement du droit impératif. Mais ils ignoraient les rapports historiques de ces deux éléments de la jurisprudence, ou ne s'en souciaient pas. Ce fut donc pour satisfaire leurs goûts spéculatifs en attribuant une seule origine à tout droit, autant que pour réfuter les doctrines qui faisaient venir de Dieu le droit impératif, qu'ils imaginèrent la théorie d'après laquelle tout droit vient d'un contrat. Dans un autre état d'esprit, ils se seraient contentés de laisser leur théorie comme une ingénieuse hypothèse ou une formule verbale. Mais leur siècle était sous l'empire des superstitions juridiques. On avait tellement parlé de l'état de nature qu'il avait cessé d'être considéré comme un paradoxe, et il semblait facile de donner une réalité apparente et définie à l'origine contractuelle du droit en prenant le contrat social comme un fait historique.

Notre génération s'est débarrassée de ces théories juridiques erronées, en partie parce qu'elle a dépassé l'état intellectuel auquel elles se rattachent, et en partie parce qu'elle a cessé de faire aucune théorie sur ces matières. L'occupation favorite des esprits actifs de notre temps, celle qui répond aux spéculations de nos pères sur l'origine de la société, est l'analyse de cette société telle qu'elle existe et se meut sous nos yeux; mais, quoiqu'elle n'appelle pas la théorie à son secours, cette analyse dégénère trop souvent en un vain exercice de curiosité et peut bien rendre ceux qui s'y livrent incapables de comprendre des états sociaux très-différents de celui qu'ils connaissent. L'erreur qui consiste à juger les hommes d'un autre temps par la moralité du nôtre, est égale à celle de supposer que tous les rouages et boulons de la machine sociale moderne ont leur contre-partie dans les sociétés primitives. On trouve l'empreinte d'idées semblables dans des livres historiques écrits à la mode moderne, où elles occupent une grande place et se déguisent avec subtilité. Je rencontre la trace de leur présence dans le domaine de la jurisprudence, où on loue fréquemment le petit apologue de Montesquieu sur les Troglodytes, qui se trouve dans les *Lettres persanes*. Les Troglodytes étaient un peuple qui se faisait un système de violer les contrats et qui fut entièrement détruit. Si ce conte est pris avec la morale que son auteur voulait mettre en lumière, et faire ressortir une hérésie antisociale qui a menacé le dix-septième siècle et le nôtre, il

n'y a rien à lui reprocher ; mais si l'on veut en tirer la conséquence que la société ne pourrait se maintenir sans accorder aux conventions et promesses un caractère sacré, comme on le voit dans une civilisation avancée, c'est une erreur si grave qu'elle ne permettrait pas de bien comprendre l'histoire du droit. Le fait est que les Troglodytes ont prospéré et fondé des États puissants sans avoir beaucoup d'égards aux obligations contractuelles. Ce qu'il faut comprendre avant tout dans la constitution des sociétés primitives, c'est que l'individu ne crée pour lui-même que peu ou point de droits, de charges et de devoirs. Les règles auxquelles il obéit viennent d'abord de la condition dans laquelle il est né et ensuite des ordres que lui adresse le chef de la maison dont il fait partie. Ce régime laisse bien peu de place aux contrats. Les membres de la même famille, car c'est ainsi que nous devons interpréter les témoignages historiques, ne peuvent contracter les uns avec les autres, et la famille a le droit de ne tenir aucun compte des engagements par lesquels un de ses membres inférieurs aurait essayé de la lier. Une famille, il est vrai, peut contracter avec une famille, un chef avec un chef; mais c'est une affaire de la même nature et aussi chargée de formalités que l'aliénation d'un immeuble, et si l'on a négligé un iota de la formule, l'obligation est nulle. Le devoir positif qui résulte de ce qu'un homme compte sur la parole d'un autre est une des conquêtes les plus lentes d'une civilisation en progrès.

Ni l'ancien droit ni les autres documents historiques ne nous montrent une société complétement privée de l'idée de contrat. Mais cette idée, lorsqu'elle se montre pour la première fois, est évidemment rudimentaire. On ne peut lire aucun texte ancien digne de foi sans apercevoir que l'habitude d'esprit qui nous porte à tenir une promesse est encore imparfaitement développée, et que des actes de perfidie flagrante sont mentionnés souvent sans aucun blâme et quelquefois avec approbation. Dans les poëmes homériques, par exemple, la finesse trompeuse d'Ulysse est présentée comme une vertu du même ordre que la prudence de Nestor, la constance d'Hector et la bravoure d'Achille. L'ancien droit nous indique encore mieux la distance qui sépare la forme primitive grossière du contrat de sa forme plus avancée. Au commencement on ne trouve rien qui ressemble à l'intervention de la loi pour forcer à l'exécution d'une promesse. Ce que sanctionne la loi, ce n'est pas la promesse, c'est la promesse accompagnée d'une cérémonie solennelle. Non-seulement les formalités ont autant d'importance que la promesse elle-même, mais elles ont presque une importance plus grande; car cette analyse délicate que le droit perfectionné applique aux conditions d'esprit dans lesquelles on accorde un assentiment verbal est appliquée, dans l'ancien droit, aux mots et aux gestes qui entrent dans la cérémonie. Aucun engagement n'est obligatoire si une seule formalité a été omise ou mal placée; mais aussi, si on a procédé avec les formes régu-

lières, on n'est pas admis à plaider que la promesse a été arrachée par la violence ou la fraude. On voit bien dans l'histoire du droit comment cette ancienne manière de comprendre le contrat s'est transformée jusqu'à devenir le contrat que nous connaissons. D'abord on est dispensé d'une ou deux parties du cérémonial ; ensuite on simplifie les autres, ou l'on permet de les négliger sous certaines conditions ; enfin quelques contrats particuliers sont séparés des autres et peuvent être faits sans cérémonie, et ces contrats sont justement ceux dont dépendent l'activité et l'énergie des relations sociales. Peu à peu, mais très-clairement, l'engagement mental se dégage des formalités, et devient enfin le seul élément sur lequel se concentre l'intérêt du jurisconsulte. Cet engagement mental manifesté par des actes extérieurs, était appelé *pacte* ou *convention* par les Romains ; et lorsqu'on a compris une fois que la convention était le noyau du contrat, les progrès de la jurisprudence ont tendu à mettre de côté les formalités et cérémonies. On n'a plus gardé de formes que celles qui étaient nécessaires pour garantir l'authenticité, et montrer qu'on avait agi sérieusement, après délibération. Alors l'idée de contrat a été pleinement développée, ou, pour parler comme les Romains, les contrats ont été absorbés par les pactes.

L'histoire de ces changements dans le droit romain est excessivement instructive. Tout au commencement de ce droit, le terme employé à la place de « contrat »

était un mot bien connu de ceux qui ont étudié la latinité historique. On disait *nexum*, et les contractants étaient qualifiés de *nexi*, expressions qui doivent être soigneusement remarquées, à cause de la durée singulière de la métaphore qu'elles expriment. L'idée que les personnes qui ont pris un engagement contractuel sont attachées ensemble par un fort *lien* ou par une *chaîne*, a continué jusqu'au bout à exercer une influence sur le droit romain relatif aux contrats, d'où elle est venue se mêler aux idées modernes. Que voulait donc dire ce *nexum* ou lien? Une définition qui nous vient des antiquaires latins définit le *nexum*: *Omne quod geritur per æs et libram*, « toute affaire faite avec le cuivre et la balance, » et ces mots ont causé une grande perplexité. Le cuivre et la balance sont les instruments bien connus de la mancipation, ancienne solennité décrite dans un chapitre précédent, par laquelle la propriété des biens de premier ordre à Rome était transférée d'une personne à une autre. La mancipation était un transfert (*conveyance*), et de là est venue la difficulté, car la définition citée semble confondre les contrats et les transferts, qui, dans la philosophie du droit, sont non-seulement choses distinctes, mais opposées. Le *jus in re*, le *jus in rem*, « droit contre tout le monde, » ou droit de propriété, est nettement distingué dans les analyses du droit perfectionné du *jus ad rem*, du *jus in personam*, « droit contre un seul individu ou un seul groupe, » ou obligation. Or, les transferts font le droit

de propriété, les contrats créent des obligations : comment les uns et les autres peuvent-ils être compris sous le même terme ou dans la même idée générale ? Cette difficulté, comme plusieurs autres semblables, vient de l'erreur d'attribuer à l'état mental d'une société informe une faculté qui appartient essentiellement à un état avancé de développement intellectuel, la faculté de distinguer dans la spéculation des idées qui sont confondues dans la pratique. Nous avons des indications sur lesquelles on ne peut se tromper d'un état social dans lequel les transferts et les contrats étaient confondus dans la pratique ; et la différence des deux conceptions ne devint sensible que lorsque les hommes adoptèrent des formes distinctes pour contracter et pour transférer la propriété.

On peut observer ici que nous connaissons assez l'ancien droit romain pour nous donner une idée de la manière dont se sont transformés les idées et le langage juridique, dans l'enfance de la jurisprudence. Le changement semble avoir eu lieu en passant du général au spécial ; ou, pour nous exprimer autrement, les anciennes idées et les anciennes expressions se sont spécialisées peu à peu. Une idée juridique ancienne répond, non à une seule, mais à plusieurs idées modernes. Une ancienne expression juridique désigne une variété de choses qui, dans le droit moderne, ont des noms spéciaux. Cependant, si nous prenons l'histoire du droit à son dernier point, nous trouvons que les idées

subordonnées se sont peu à peu dégagées, et que les anciens noms généraux ont été remplacés par des appellations spéciales. L'ancienne idée générale n'est pas effacée, mais elle ne comprend plus qu'une ou quelques-unes des notions qu'elle comprenait d'abord. De même, l'ancien nom juridique reste encore, mais il ne répond qu'à une des fonctions qu'il désignait autrefois. Nous pouvons trouver des exemples de ce phénomène de plusieurs manières. Ainsi la puissance patriarcale semble avoir été comprise comme ayant partout le même caractère, et elle était sans aucun doute désignée par un seul nom. Le pouvoir de l'ancêtre était le même, soit qu'il fût exercé sur la famille ou sur les biens matériels, sur les troupeaux ou sur les esclaves, sur les enfants ou sur la femme. Nous ne pouvons pas être absolument certains de son ancien nom chez les Romains, mais il y a de fortes raisons de croire, d'après le nombre des expressions qui indiquent une nuance de la puissance dans lesquelles entre le mot *manus*, que ce mot exprimait la puissance du père en général. Mais à mesure que le droit romain a fait des progrès, le nom et l'idée se sont spécialisés. On a distingué, dans les idées et dans l'expression, la puissance d'après l'objet auquel elle s'appliquait. Le pouvoir sur les biens matériels et les esclaves est devenu *dominium*; sur les enfants, *potestas*; sur les personnes libres dont les services ont eté transférés par leur ancêtre, *mancipium*; sur l'épouse, c'est encore *manus*. Le vieux

mot, on le voit, n'est pas tout à fait tombé en désuétude, mais il a fini par ne désigner qu'une application spéciale du pouvoir qu'il désignait autrefois tout entier. Cet exemple pourra nous faire comprendre la nature du lien historique qui rattache les contrats aux transferts. Il semble qu'au commencement, une même cérémonie était employée dans toutes les affaires solennelles et que les Romains l'appelaient *nexum*. Précisément les mêmes formes qui servaient pour le transfert des biens, servaient aussi à la célébration d'un contrat. Mais nous n'avons pas besoin d'aller bien loin pour arriver à une époque où l'idée de contrat s'était dégagée de l'idée de transfert. Ainsi un double changement avait eu lieu. L'affaire avec « le cuivre et la balance, » lorsqu'elle avait lieu pour un transfert, est connue sous le nom nouveau et spécial de mancipation. L'ancien *nexum* désigne encore la même cérémonie, mais seulement lorsqu'elle a lieu pour célébrer un contrat.

Lorsqu'on parle de deux ou trois idées juridiques, comme autrefois confondues en une seule, on ne veut pas dire que l'une d'elles soit pas plus ancienne que les autres, ni qu'après la formation des autres, elle ne soit pas restée prédominante. Le motif pour lequel une idée juridique continue si longtemps à couvrir des conceptions variées, pour lesquelles on emploie une seule expression au lieu de plusieurs, se trouverait sans doute dans ce fait que les changements pratiques du droit des sociétés pri-

mitives se sont accomplis longtemps avant que les hommes aient eu le temps de les remarquer et de leur donner un nom. Quoique j'aie dit que la puissance patriarcale n'était pas distinguée à l'origine suivant les objets sur lesquels elle s'exerçait, je suis persuadé que la puissance sur les enfants a donné naissance à l'ancienne conception de ce pouvoir; et je ne peux pas douter que le premier usage du *nexum*, celui que considéraient surtout ceux qui s'en servaient, était de donner la solennité convenable à l'aliénation des biens. Il est probable qu'une petite déviation du *nexum* de ses fonctions primitives donna lieu à son emploi dans les contrats, et qu'on resta longtemps sans apprécier et même sans remarquer l'innovation qui avait eu lieu, tant elle était petite. L'ancien nom resta, parce que les hommes n'avaient pas senti le besoin d'un nom nouveau; l'ancienne idée resta dans l'esprit, parce que personne n'avait vu de motif pour prendre la peine de l'examiner. Nous avons un exemple bien clair de cette manière de procéder dans l'histoire des testaments. D'abord le testament était un simple transfert de propriété. Ce fut seulement l'énorme différence pratique qui se manifesta peu à peu entre ce transfert et tous les autres qui le fit considérer séparément, et alors même des siècles s'écoulèrent avant que les réformateurs du droit eussent écarté les embarras de la mancipation nominale, et consenti à ne considérer dans le testament que les intentions exprimées par le testateur. Il est fâcheux que nous ne puissions suivre l'histoire primitive des contrats avec la

même confiance que l'histoire primitive des testaments; mais quelques indications nous portent à croire que les contrats se montrèrent d'abord par un nouvel emploi du *nexum*, et plus tard ils furent reconnus comme affaires distinctes, à cause de l'importance des conséquences pratiques de cette expérience. Il y a de la conjecture dans cette manière de comprendre le développement des contrats, mais cette conjecture n'est pas trop forcée. Prenons la vente au comptant comme le type normal du *nexum*. Le vendeur amène l'objet dont il veut disposer, un esclave par exemple, l'acheteur apporte les lingots de cuivre qui tiennent lieu de monnaie, et un tiers indispensable, le *libripens*, est là avec sa balance. L'esclave est remis avec certaines formalités à l'acheteur, le cuivre est pesé par le libripens et remis au vendeur. Tant que la cérémonie durait il y avait *nexum*, et les parties étaient *nexi*; mais du moment où elle était terminée, le *nexum* finissait, vendeur et acheteur cessaient de porter le nom tiré de leurs rapports momentanés. Maintenant faisons un pas de plus dans l'histoire du commerce : supposons que l'esclave ait été remis mais que le prix n'ait pas été payé. Dans ce cas, le *nexum* a pris fin quant au vendeur, et lorsqu'il a remis l'objet vendu, il a cessé d'être *nexus*; mais quant à l'acheteur, le *nexum* continue : l'affaire, pour ce qui le concerne, est incomplète, et il est encore considéré comme *nexus*. Il en résulte donc que la même expression désignait le transfert d'un droit de

propriété et l'obligation personnelle du débiteur pour le prix non payé. Nous pouvons aller encore plus loin, et nous représenter une cérémonie purement formelle dans laquelle rien n'est livré et rien n'est payé; nous arrivons à une affaire qui atteste l'existence d'une activité commerciale beaucoup plus élevée, l'*achat-vente à livrer*.

S'il est vrai que, pour le vulgaire et pour les jurisconsultes, le contrat ait été regardé longtemps comme une vente incomplète, cette vérité a de l'importance pour plusieurs raisons. Les spéculations du dernier siècle sur l'état de nature où se serait trouvé le genre humain peuvent être résumées dans la proposition que, « dans la société primitive, la propriété n'était rien et l'obligation était tout; » et on voit maintenant que, si on renverse la proposition, on s'approchera beaucoup plus de la réalité des faits. D'un autre côté, considérée historiquement, l'association primitive des idées de transfert et de contrat explique quelque chose qui frappe souvent l'érudit et le juriste comme une énigme singulière, je veux dire la sévérité extraordinaire et uniforme des régimes de droit très-anciens pour les débiteurs et les pouvoirs extravagants qu'ils confèrent aux créanciers. Lorsque nous comprenons bien que le *nexum* était prolongé artificiellement pour donner du temps au débiteur, nous pouvons mieux comprendre sa position devant l'opinion et devant le droit. Son état de débiteur était sans aucun doute considéré comme une anomalie, et la suspension de payement en général comme un artifice et la violation d'une

règle étroite. Au contraire, celui qui avait rempli sa part d'engagement dans l'affaire devait être considéré avec une faveur particulière ; et rien ne semblait plus naturel que de lui donner les facilités les plus énergiques pour forcer à l'accomplissement d'une formalité qui, en droit strict, n'aurait jamais dû être étendue ou différée.

Donc le mot *nexum*, qui, à l'origine, signifiait transfert de propriété, désigna peu à peu un contrat, et à la fin l'association entre ce mot et l'idée de contrat fut si constante, qu'un terme spécial, *mancipium* ou *mancipation*, fut employé pour désigner le *nexum*, c'est-à-dire le transfert effectif de propriété. Les contrats sont donc maintenant séparés des transferts, et la première période de leur histoire est terminée ; mais ils sont encore bien loin de cette époque de leur développement où la promesse du contractant est plus sacrée que les formalités auxquelles elle est jointe. En essayant d'indiquer le caractère des changements qui ont eu lieu dans l'intervalle, il faut empiéter un peu sur une matière qui est à proprement parler hors du sujet de ce livre : l'analyse de la convention, telle que la font les jurisconsultes romains. Il me suffit de dire de cette analyse, le plus beau monument de leur sagacité, qu'elle est fondée sur la séparation théorique de l'obligation et de la convention ou pacte. Bentham et M. Austin ont posé en principe que les deux conditions essentielles d'un contrat sont : 1° la notification par le contractant qui s'engage de l'*intention* où

il est de faire les actes ou de supporter les charges qu'il s'engage à faire ou à supporter ; 2e une notification par celui qui reçoit l'engagement qu'*il compte* que l'engagement pris par le premier sera exécuté. Ces principes sont virtuellement les mêmes que ceux des juristes romains; mais, aux yeux de ceux-ci, le résultat de ces notifications n'était pas un contrat, mais une convention ou pacte. Le pacte était le dernier produit des engagements d'individus qui tombaient d'accord entre eux, et il n'était pas tout à fait un contrat. Il ne devenait tel qu'autant que le droit y joignait une obligation. Un contrat était un pacte ou une convention, plus une obligation. Tant que le pacte n'était pas revêtu d'une obligation, on disait qu'il était *nu*.

Qu'était une obligation? Les juristes romains la définissent: *Juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei*. Cette définition lie l'obligation au *nexum* par la métaphore commune exprimée par l'un et l'autre mot, et nous montre très-clairement la généalogie d'une idée particulière. L'obligation est le *lien* ou *chaîne* par lequel le droit attache des personnes ou des groupes de personnes à la suite de certains actes volontaires. Les actes qui ont pour effet de produire une obligation sont principalement ceux qui se classent sous les chefs de contrat et de délit, de convention et de tort; mais un grand nombre d'autres actes qu'on ne peut comprendre dans une classification exacte ont une conséquence semblable. Il faut remarquer toutefois que le pacte ne pro-

duit pas l'obligation en vertu d'une nécessité morale; c'est la loi, dans la plénitude de sa puissance, qui joint l'obligation au pacte : point qu'il importe d'autant plus de remarquer qu'une doctrine différente a quelquefois été proposée par des interprètes modernes du droit civil, qui voulaient soutenir des théories particulières de morale ou de métaphysique. L'image d'un *vinculum juris* se retrouve dans toutes les parties du droit romain relatives aux contrats et aux délits. Le droit lie les parties ensemble, et la chaîne ne peut être défaite que par une *solutio*, expression figurée elle aussi, dont le mot payement n'est l'équivalent que parfois et incidemment. La suite avec laquelle on a consacré le langage figuré explique une particularité dans la phraséologie du droit romain qui serait difficile à comprendre, savoir : que le mot *obligation* signifie *droit* aussi bien que *devoir*, le droit, par exemple, de recevoir une créance aussi bien que le devoir de l'acquitter. Les Romains conservèrent en réalité tout entière la métaphore de « la chaîne légale, » et ne regardaient pas plus un bout que l'autre.

Dans le droit romain perfectionné, la convention, aussitôt qu'elle était complète, se trouvait, dans presque tous les cas, accompagnée par une obligation et devenait ainsi un contrat; c'était le résultat auquel tendait tout le droit des contrats. Mais l'objet de nos recherches appelle surtout notre attention sur l'état intermédiaire dans lequel il fallait quelque chose de plus que le consentement parfait pour produire une obligation. Cette

époque est celle de la fameuse classification romaine des contrats en quatre sortes, verbaux, par écritures, réels et consensuels, et pendant laquelle ces quatres sortes de contrats constituaient les seules espèces d'engagement auxquelles le droit donnât force obligatoire. Le sens de cette division en quatre classes se comprend facilement dès que l'on saisit la théorie qui séparait l'obligation de la convention. Chaque classe de contrats était désignée d'après certaines formalités nécessaires, en outre du simple consentement des parties contractantes. Dans le contrat verbal, dès qu'une convention était arrêtée, il fallait employer certaines formules verbales pour que le *vinculum juris* fût établi. Dans le contrat par écritures, une inscription sur un livre de comptes, ou sur des tablettes, avait pour effet de joindre la convention à l'obligation, et le même effet était obtenu, dans le cas du contrat réel, par la remise de la chose qui avait été l'objet d'un engagement préliminaire. Les contractants, en somme, étaient d'accord dans tous les cas; mais s'ils n'allaient pas plus loin, ils n'étaient pas obligés l'un envers l'autre, et ne pouvaient ni forcer l'exécution de la convention, ni demander réparation pour un manque de foi. Mais dès qu'ils avaient accompli certaines formalités déterminées, le contrat était complet et prenait son nom de la forme particulière qu'il avait plu aux parties de lui donner. Nous allons mentionner les exceptions à cette manière de procéder.

J'ai énuméré les quatre contrats dans leur ordre his-

torique, qui n'a pas toujours été suivi par les auteurs romains d'Institutes. Il n'est pas douteux que le contrat verbal était le plus ancien des quatre et l'aîné des descendants du *nexum* primitif. Plusieurs espèces de contrats verbaux furent employées dans l'antiquité; mais le plus important de tous, le seul dont aient traité nos auteurs, avait lieu au moyen d'une *stipulation*, c'est-à-dire d'une question et d'une réponse : la question était adressée par celui qui recevait la promesse, et la réponse par celui qui promettait. Cette question et cette réponse constituaient l'élément qui, comme je viens de le dire, était exigé par les idées primitives, en outre du consentement des personnes intéressées. C'était le moyen par lequel l'obligation était ajoutée à la convention. L'ancien *nexum* a donc transmis à un droit plus avancé, d'abord l'idée d'une chaîne qui lie les parties contractantes, et qui est devenue l'obligation ; il a transmis en outre la notion d'une cérémonie qui accompagne et consacre l'engagement, et cette cérémonie s'est transformée en stipulation. La transformation du transfert solennel, qui était le trait le plus marqué du *nexum* à l'origine, en une question et une réponse, serait plus difficile à comprendre qu'elle ne l'est, si nous n'avions pour nous éclairer l'histoire des testaments romains. En examinant cette histoire, nous pouvons comprendre comment le transfert solennel fut d'abord séparé de la part de la cérémonie qui se rapportait immédiatement à l'affaire et comment plus tard cette cérémonie fut négligée. Comme

la question et la réponse de la stipulation étaient sans aucun doute le *nexum* dans sa forme simplifiée, nous sommes disposé à penser qu'elles participaient de la nature d'une formalité juridique. Ce serait une erreur de les considérer comme estimées par les anciens jurisconsultes romains seulement pour l'utilité qu'elles avaient de donner aux personnes qui voulaient faire un contrat l'occasion de réfléchir. Il est certain qu'elles étaient utiles pour cela et que cette utilité fut reconnue. Mais il est prouvé par le témoignage de nos auteurs qu'à l'origine leur fonction dans le contrat était une fonction de forme et de cérémonie, qu'une question et une réponse quelconques ne suffisaient pas à constituer une stipulation, mais qu'il fallait une question et une réponse dont la rédaction en termes de droit fût appropriée spécialement au contrat célébré.

Mais quoique, pour bien apprécier l'histoire du droit des contrats, il soit essentiel de comprendre que la stipulation a été considérée comme une forme solennelle avant qu'on eût reconnu que c'était une garantie utile, nous aurions tort de fermer les yeux sur sa véritable utilité. Le contrat verbal, quoiqu'il eût beaucoup perdu de son ancienne importance, dura jusqu'à la dernière période du droit romain ; et nous pouvons être certains qu'une institution de ce droit n'aurait pas duré si longtemps, si elle n'avait présenté quelque avantage pratique. Je trouve dans un auteur anglais quelques expressions de surprise de ce que les Romains, même dans les

premiers temps, se contentassent d'une protection aussi insignifiante contre la précipitation et l'irréflexion. Mais si nous examinons de près la stipulation, en nous rappelant qu'il s'agit d'un état social dans lequel il n'était pas facile de se procurer une preuve écrite, je crois que cette question et cette réponse, n'eussent-elles été imaginées que pour leur utilité à cet égard, pourraient être justement considérées comme un expédient très-ingénieux. C'était celui qui recevait la promesse qui, en qualité de *stipulator*, posait les termes du contrat sous forme de question, et la réponse était faite par celui qui promettait. « Promettez-vous de me livrer tel esclave en tel lieu et tel jour? — Je le promets. » Maintenant, si nous réfléchissons un peu, nous verrons que cette nécessité de mettre la promesse sous forme interrogative renverse la position naturelle des parties et, en rompant le fil de la conversation, empêche l'attention de glisser sur une promesse dangereuse. Chez nous, une promesse verbale résulte en général exclusivement des termes employés par celui qui promet. Dans l'ancien droit romain, il était nécessaire de procéder autrement; il fallait, lorsque la convention avait été arrêtée, que celui qui recevait la promesse la résumât dans toutes ses parties par une interrogation solennelle ; et c'était de cette interrogation et du consentement qui y avait été donné qu'il s'agissait de faire preuve en justice, — non de la promesse elle-même, qui n'avait pas force obligatoire. Ceux qui commencent à étudier le droit romain, et qui rencontrent

presque tous dans la stipulation une première pierre d'achoppement, comprendront bien vite l'importance que peut avoir dans le droit des contrats cette particularité insignifiante d'une rédaction différente. Lorsque nous, Anglais, avons l'occasion, en parlant d'un contrat, de le rattacher, pour la facilité du langage, à l'une des parties, — par exemple, si nous désirons parler d'un contractant en général, — c'est toujours celui qui promet que nos paroles désignent. Mais les expressions du droit romain ont une tournure différente ; elles considèrent toujours le contrat au point de vue de celui qui reçoit la promesse, si l'on peut s'exprimer ainsi ; en parlant d'un contractant, c'est toujours le *stipulator*, celui qui pose la question, qu'elles désignent. L'utilité de la stipulation se montre d'une manière très vive dans les exemples que nous fournissent les comiques romains. Si on lit en entier les scènes dans lesquelles se trouvent ces passages (par exemple, Plaute, *Pseudolus*, act. I, scène I ; act. IV, sc. VI ; *Trinummus*, act. V, sc. II), on verra combien l'attention de la personne qui songeait à faire une promesse devait être éveillée par la question, et combien cette personne avait de facilité pour abandonner une entreprise inconsidérée.

Dans le contrat par écritures, la formalité qui ajoutait l'obligation à la convention était l'inscription de la somme due, lorsqu'elle pouvait être déterminée, sur un livre de comptes. L'explication de ce contrat se trouve dans un détail des coutumes domestiques romaines, la

régularité systématique et très-grande avec laquelle les Romains d'autrefois tenaient leurs comptes. Il y a plusieurs difficultés de moindre importance dans l'ancien droit romain, comme, par exemple, celle de savoir quelle était la nature du pécule de l'esclave, qu'on ne peut surmonter qu'en se rappelant qu'une maison romaine consistait en un certain nombre de personnes qui devaient rendre au chef des comptes exacts, et que chaque article de recette et de dépense, après avoir été inscrit sur un brouillard, était transcrit à certaines époques sur le grand-livre général de la maison. Toutefois, il reste quelques obscurités dans les descriptions du contrat par écritures qui nous ont été transmises, car, en fait, l'habitude de tenir des comptes cessa d'être générale dans les temps postérieurs, et l'expression de « contrat par écritures » désigna une forme d'engagement tout à fait différente de celle qui portait ce nom à l'origine. Aussi ne pouvons-nous pas dire, en parlant du contrat primitif par écritures, si l'obligation était créée par une simple inscription au livre du créancier, ou s'il était nécessaire que le débiteur eût consenti ou eût mis une inscription correspondante sur ses propres livres. Toutefois, le point essentiel est établi : c'est que, dans ce contrat, il suffisait de remplir une condition pour être dispensé de toute autre formalité. C'est un pas de plus en avant dans l'histoire du droit des contrats.

Le contrat réel, qui vient ensuite dans l'ordre historique, nous montre un grand progrès dans les idées mo-

rales. Lorsqu'une convention avait pour objet la remise d'une chose déterminée, — et c'est ce qui arrive dans le grand nombre des engagements simples, — l'obligation existait dès que la remise effective avait eu lieu. Ce résultat suppose une innovation sérieuse dans les plus anciennes idées de contrat; car sans aucun doute, dans les temps primitifs, lorsqu'un contractant avait négligé de donner à sa convention la forme d'une stipulation, rien de ce qui avait été fait par suite de la convention n'était reconnu par le droit. Celui qui avait prêté de l'argent ne pouvait en réclamer le payement en justice, lorsque le prêt n'avait pas pris la forme d'une stipulation. Mais dans le contrat réel, l'exécution par une des parties impose des devoirs légaux à l'autre, évidemment par des motifs tirés de la morale. Pour la première fois donc, les considérations morales entrent comme un élément dans le droit des contrats, et le contrat réel diffère de ses deux prédécesseurs, parce qu'il est fondé sur ces considérations, et non plus sur le respect des formes juridiques ou sur la déférence pour les coutumes domestiques des Romains.

Nous arrivons à la quatrième classe, celle des contrats consensuels, la plus intéressante et la plus importante de toutes. Quatre contrats dénommés entraient dans cette classe, savoir : *mandatum*, le mandat ; *societas*, la société ; *emptio venditio*, l'achat-vente ; *locatio conductio*, le louage. J'ai parlé quelques pages plus haut, après avoir établi que le contrat consistait en une convention à laquelle

une obligation avait été attachée, de certains actes ou formalités par lesquelles la loi permettait de joindre une obligation à la convention. Je m'exprimais ainsi à cause de l'avantage des expressions générales ; mais ce langage n'est pas correct, à moins qu'on ne comprenne qu'il renferme la condition négative aussi bien que la condition positive. Car, en réalité, ce qui distingue les contrats consensuels, c'est qu'aucune formalité n'est requise pour les compléter en dehors de la convention elle-même. On a écrit beaucoup de choses insoutenables, et plus encore qui sont obscures, sur les contrats consensuels ; on a même soutenu que, dans ces contrats, le consentement des parties est plus solennel que dans tous les autres. Mais le mot *consensuel* signifie seulement que l'obligation est attachée immédiatement au consentement. Le *consensus* ou consentement mutuel des parties est l'élément définitif de la convention, et c'est le caractère spécial des conventions comprises sous les quatre noms d'achat-vente, société, mandat et louage, qu'aussitôt que le consentement des parties à fourni cet élément, le contrat existe. Le *consensus* emporte avec lui l'obligation et remplit, dans les quatre sortes de contrats désignés, les fonctions que remplissent dans les autres contrats la *res* ou chose, les *verba stipulationis* et les *litteræ* ou inscription au livre. Le mot *consensuel* n'établit pas la moindre anomalie, il est exactement analogue aux mots *réel*, *verbal* et *par écritures*.

Les quatre contrats appelés consensuels sont sans

contredit les plus usités et les plus importants de tous. La plus grande partie de l'existence d'une société se passe à vendre et acheter, à louer et affermer, à s'associer pour faire des affaires, à déléguer des pouvoirs ou à les recevoir ; et c'est sans doute cette considération qui amena les Romains, comme la plupart des sociétés, à débarrasser ces contrats des formalités juridiques, et à s'abstenir autant que possible d'empêcher le jeu des ressorts du mouvement social. Ces motifs n'existaient pas seulement à Rome, et le commerce des Romains avec leurs voisins doit leur avoir donné des occasions fréquentes d'observer que tous les contrats dont il est question tendaient à devenir partout consensuels, c'est-à-dire obligatoires, aussitôt que le consentement des parties était constaté. Aussi, selon leur coutume, firent-ils venir ces contrats du *jus gentium*. Cependant je ne vois pas que cette désignation remontât à une période bien ancienne. Les premières notions d'un *jus gentium* peuvent être nées dans l'esprit des jurisconsultes romains longtemps avant la nomination du *prætor peregrinus* ; mais ce n'est que par le commerce étendu et régulier qu'ils se sont familiarisés avec le régime contractuel des autres communautés italiennes, et ce commerce n'a guère atteint des proportions considérables avant que l'Italie eût été entièrement pacifiée et que la suprématie de Rome eût été définitivement assurée. Toutefois, quoiqu'il soit très-probable que les contrats consensuels soient entrés les derniers dans le régime romain, quoiqu'il soit probable

que la qualification *juris gentium* indique une origine récente, cette expression qui les attribue à la « loi des nations » a fait croire aux modernes qu'ils étaient extrêmement anciens. En effet, lorsque le « droit des nations » eut été converti en « droit naturel, » il sembla que les contrats consensuels étaient le type le plus approprié à l'état de nature ; de là vient cette singulière croyance que la forme des contrats était d'autant plus simple que la civilisation était plus jeune.

On remarquera que les contrats consensuels sont très-peu nombreux. Mais il est certain qu'ils commencent dans l'histoire du droit une période d'où partent toutes les notions des modernes relatives au contrat. L'acte de la volonté qui constitue la convention se trouvait dès lors complétement isolé, et devint l'objet d'études particulières; les formes furent entièrement écartées de la notion du contrat, et les actes externes ne furent plus regardés que comme des manifestations de la volonté intérieure. Les contrats consensuels avaient d'ailleurs été placés dans le *jus gentium*, et, au bout de peu de temps, cette classification emporta avec elle la conclusion que cette forme de convention était celle qui représentait les engagements approuvés par la nature et compris dans son code. Une fois arrivés là, nous sommes préparés à comprendre quelques doctrines et distinctions célèbres des juristes romains. L'une d'elles est la distinction entre l'obligation naturelle et l'obligation civile. Lorsqu'une personne arrivée à la ma-

turité intellectuelle s'était sciemment liée par un engagement, on dit qu'elle se trouvait liée par une obligation naturelle, lors même que quelque empêchement juridique aurait privé cette personne de la capacité de contracter. Le sens de cette distinction est que le droit ne donnait pas force exécutoire à cette obligation, mais qu'il ne refusait pas absolument de la reconnaître ; les obligations naturelles différaient à plusieurs égards des obligations simplement nulles, particulièrement en ceci, qu'elles pouvaient être confirmées civilement lorsque la capacité de contracter était acquise plus tard par celui qui les avait consenties. Une autre doctrine particulière des jurisconsultes ne peut pas avoir remonté au delà du temps où la convention était séparée des éléments juridiques qui constituaient le contrat. Les jurisconsultes disaient que, quoique le contrat seul pût servir de base à une *action*, la convention simple pouvait être invoquée comme moyen de défense. Il suivait de là que, quoique personne ne pût intenter une action sur une convention qu'il n'avait pas eu la précaution de transformer en contrat en lui donnant les formes voulues, les prétentions naissant d'un contrat en forme pouvaient être repoussées en prouvant l'existence d'une convention contraire, ne fût-elle pas revêtue des formes qui constituaient le contrat. L'action pour le paiement d'une somme pouvait être repoussée en établissant que, par une convention simple, le créancier avait fait remise de la dette ou donné du temps.

La doctrine que nous venons de mentionner montre l'hésitation avec laquelle les préteurs ont marché à la plus grande de leurs innovations. Leur théorie du droit naturel doit leur avoir fait considérer avec une faveur spéciale les contrats consensuels et les pactes ou conventions dont les contrats consensuels n'étaient qu'un cas particulier; mais ils n'osèrent pas étendre à toutes les conventions la liberté accordée dans les contrats consensuels. Ils profitèrent de la direction supérieure de la procédure qui leur avait été confiée dès l'origine du droit romain, et, tout en refusant de laisser commencer un procès qui n'eût pas pour base un contrat en forme, ils donnèrent place à leur nouvelle théorie des conventions dans le reste de la procédure. Mais lorsqu'ils se furent avancés jusque-là, il devint inévitable qu'ils allassent plus loin. La révolution de l'ancien droit contractuel fut consommée du jour où le préteur annonça dans son édit qu'il admettrait des actions d'équité, fondées sur des pactes qui n'auraient pas pris la forme de contrat, toutes les fois que ces pactes auraient une cause. Les pactes de cette espèce reçoivent toujours force exécutoire dans le droit romain perfectionné, d'après le principe du contrat consensuel poussé jusqu'à ses conséquences légitimes. En réalité, si le langage juridique des Romains avait pu se transformer aussi facilement que leurs théories légales, les pactes auxquels le préteur donnait force de loi se seraient appelés nouveaux contrats, nouveaux contrats consensuels. Mais le

langage du droit est la dernière partie du droit qui se modifie, et les pactes reconnus en équité continuèrent à s'appeler pactes prétoriens. On remarquera que lorsque le pacte n'avait pas de cause, il continuait à rester nu dans la jurisprudence; si l'on voulait lui donner suite, il fallait le convertir par une stipulation en contrat verbal.

On m'excusera de m'être étendu si longuement sur l'histoire des contrats, à cause de son extrême importance comme préservatif contre des erreurs presque innombrables. Elle nous montre la marche des idées depuis une grande époque du droit jusqu'à l'autre. Nous commençons avec le *nexum*, dans lequel le contrat et le transfert se trouvent mêlés, et dans lequel les formalités qui accompagnent la convention sont plus importantes que la convention elle-même. Du *nexum* nous passons à la stipulation, qui est une forme simplifiée d'une cérémonie plus ancienne. Puis vient le contrat par écritures, dans lequel les formalités sont abandonnées, lorsque la preuve de la convention peut être fournie d'après l'observation rigide des usages de la famille romaine. Dans le contrat réel, se trouve reconnu pour la première fois un devoir moral, et les personnes qui sont convenues par l'exécution partielle d'un engagement ne peuvent plus le méconnaître pour défaut de forme. Enfin viennent les contrats consensuels, dans lesquels on ne regarde que la disposition mentale des contractants et des circonstances extérieures, qui n'ont de valeur que comme

preuve de l'intention des parties. On ne peut pas dire jusqu'à quel point cette marche des idées romaines, d'une conception grossière à une conception raffinée, est un exemple de la marche nécessaire de la pensée humaine en matière de contrat. Le droit des contrats, dans toutes les autres sociétés anciennes, est trop peu connu pour nous fournir des informations, ou entièrement perdu ; et le droit moderne est tellement pénétré d'idées romaines qu'il ne nous fournit ni contrastes ni parallèles, d'où nous puissions tirer quelque instruction. Mais comme il n'y a rien de violent, ni de merveilleux, ni d'inintelligible dans les changements que je viens de décrire, on peut raisonnablement croire que l'histoire des anciens contrats romains est, jusqu'à un certain point, le type de cette espèce de conception légale dans les autres sociétés anciennes. Mais ce n'est que jusqu'à un certain point que l'on peut considérer la marche du droit romain comme représentant la marche des autres régimes de droit. La théorie du droit naturel est exclusivement romaine. L'idée du lien de droit, à ma connaissance, est exclusivement romaine. Les nombreux détails du droit perfectionné relatifs aux contrats et aux délits, que l'on peut faire remonter à ces deux idées, séparées ou combinées, sont par conséquent les produits exclusifs d'une société donnée. Ces dernières conceptions légales sont importantes, non parce qu'elles fournissent le type de la marche du progrès des idées dans toutes les conditions, mais parce qu'elles ont exercé

une énorme influence sur le développement intellectuel du monde moderne.

Je ne connais rien de plus admirable que le grand nombre de sciences auxquelles le droit romain, et en particulier le droit relatif aux contrats, a fourni des formes de pensée, des modes de raisonner et un langage technique. De toutes les matières qui ont appelé la curiosité intellectuelle des modernes, il n'y a guère que la physique, dans laquelle les idées de droit romain ne se soient pas infiltrées. La métaphysique pure est d'origine grecque plutôt que romaine ; mais la politique, la philosophie morale et même la théologie ont trouvé dans le droit romain, non-seulement des expressions, mais un nid dans lequel leurs recherches les plus profondes ont été fomentées et ont grandi. Pour rendre compte de ce phénomène, il n'est pas absolument nécessaire de discuter les rapports mystérieux qui existent entre les mots et les idées, ni d'expliquer comment l'esprit humain n'a jamais bien saisi un objet d'étude s'il n'a été pourvu d'avance d'une provision d'expressions et de méthodes logiques convenables. Il suffira de remarquer que, lorsque les intérêts philosophiques du monde oriental et du monde occidental furent séparés, les fondateurs des idées occidentales appartinrent à une société qui parlait latin et pensait en latin. Mais dans les provinces occidentales, la seule langue qui eût assez de précision pour traiter de matières philosophiques était celle du droit romain qui, par une singulière

fortune, avait conservé presque toute la pureté du siècle d'Auguste, tandis que le latin vulgaire était devenu un dialecte tout à fait barbare. Et en même temps que le droit romain fournissait le seul instrument qui pût donner l'exactitude à l'expression, il procurait encore davantage les moyens de donner à la pensée de l'exactitude, de la subtilité et de la profondeur. Pendant au moins trois siècles, la philosophie et la science restèrent étrangères en Occident; et quoique la métaphysique et la théologie métaphysique occupassent l'énergie mentale d'une multitude de sujets romains, le langage employé dans ces recherches ardentes était exclusivement le grec, et leur théâtre était la partie orientale de l'empire. Quelquefois, cependant, les conclusions des controverses orientales devenaient si importantes qu'il fallait appeler chacun à les accepter ou à les repousser, et alors l'Occident s'occupait des résultats des discussions orientales, qu'il acceptait généralement sans intérêt et sans résistance. Cependant, une branche de recherches assez difficile pour les plus laborieux, assez profonde pour les plus subtils, assez délicate pour les plus raffinés, n'avait jamais perdu son attrait pour les classes les plus éclairées des provinces occidentales. En Afrique, en Espagne, en Gaule, dans l'Italie du Nord, c'était le droit et le droit seul qui, pour l'homme bien élevé, remplaçait la poésie, l'histoire, la philosophie et la science. Loin qu'il y ait quelque chose de mystérieux dans le caractère visiblement juridique de la pensée occidentale,

il serait étonnant qu'elle en eût pris un autre. Je ne puis qu'exprimer mon étonnement du peu d'attention qu'on a accordé à la différence des idées de l'Orient et de l'Occident, de la théologie orientale et de la théologie occidentale, différence causée par la présence d'un nouvel élément. C'est seulement parce que l'influence de la jurisprudence commence à devenir puissante que la fondation de Constantinople et la séparation des empires d'Orient et d'Occident font époque dans l'histoire philosophique. Mais les penseurs du continent sont moins capables d'apprécier l'importance de cette crise, justement parce que les idées qui leur viennent du droit romain sont mêlées à leurs idées de tous les jours. Les Anglais, d'autre part, n'y prennent pas garde à cause de l'ignorance monstrueuse à laquelle ils se condamnent en négligeant la source la plus importante de la science moderne et du résultat intellectuel de la civilisation romaine. Cependant, un Anglais qui veut prendre la peine d'étudier le droit romain classique peut, précisément peut-être à cause du peu d'intérêt que ses compatriotes ont accordé à cette étude, juger mieux qu'un Français ou un Allemand la valeur des propositions que j'ai essayé d'établir. Celui qui connaît le droit romain tel qu'il était pratiqué par les Romains, et qui observe les caractères par lesquels la théologie et la philosophie de l'Occident ont différé à l'origine des travaux intellectuels qui les avaient précédés, peut apprécier sainement quel était le nouvel élément qui

avait commencé à pénétrer et à diriger les spéculations scientifiques.

La partie du droit romain qui a eu l'influence la plus étendue sur les autres branches d'étude a été le droit des obligations, ou, ce qui revient presque au même, le droit relatif aux contrats et aux délits. Les Romains eux-mêmes apercevaient bien les services que pouvait rendre la terminologie abondante et malléable de cette partie de leur droit, comme le prouve l'emploi du mot *quasi* dans les expressions de quasi-contrat et de quasi-délit. Ce mot ainsi employé est un terme de classification seulement. Les critiques anglais confondent habituellement les quasi-contrats avec des contrats sous-entendus, mais à tort, car des contrats sous-entendus sont de véritables contrats, ce que ne sont pas les quasi-contrats. Dans les contrats sous-entendus, les actes et les circonstances sont les signes du même élément qui, dans les contrats proprement dits, sont indiqués par des mots ; et peu importe à la théorie de la convention qu'on emploie une sorte de signes ou une autre. Mais un quasi-contrat n'est pas du tout un contrat. L'exemple le plus commun du quasi-contrat est le rapport qui s'établit entre deux personnes, dont l'une a payé par erreur de l'argent à l'autre. Le droit, prenant en considération les intérêts de la morale, impose à celui qui a reçu l'argent l'obligation de rembourser ; mais la nature même du fait montre que ce n'est pas un contrat, car il n'y a pas de convention, et la convention est l'élément le plus essentiel du

contrat. Ce mot *quasi*, mis devant un terme de droit romain, signifie que l'idée qu'il indique est liée avec celle qui lui est comparée par une grande analogie ou ressemblance superficielle. Il ne signifie pas que les deux idées n'en forment qu'une ou qu'elles appartiennent au même genre, au contraire, il exclut la notion d'identité ; mais il montre qu'elles se ressemblent assez pour que l'une soit classée à la suite de l'autre, et que le langage d'une branche du droit peut être employé dans l'autre sans dérangement trop violent des règles qui, autrement, ne seraient qu'imparfaitement exprimées.

On a observé finement que la confusion entre les contrats supposés, qui sont de vrais contrats, et les quasi-contrats, qui ne sont pas du tout des contrats, a une grande ressemblance avec l'erreur fameuse qui faisait remonter à un contrat originel les droits et devoirs politiques entre les gouvernants et les gouvernés. Longtemps avant que cette théorie eût pris une forme définie, on s'était largement servi du langage du droit romain sur les contrats pour décrire cette réciprocité de droits et de devoirs que les hommes ont toujours comprise comme existant entre souverains et sujets. Lorsque le monde était rempli de maximes affirmant de la manière la plus positive que les rois devaient être obéis absolument, — maximes qu'on prétendait tirer du Nouveau Testament, mais qui avaient leur source dans le souvenir indestructible du despotisme des Césars, — la conscience des droits corrélatifs des gouvernés n'aurait pas eu de

forme d'expression, si le droit romain relatif aux obligations ne lui avait fourni une langue capable d'exprimer une idée qui n'était pas encore entièrement développée. Je ne crois pas que, depuis le commencement de l'histoire occidentale, on ait jamais perdu de vue l'antagonisme existant entre les priviléges des rois et leurs devoirs envers leurs sujets; mais tant que la féodalité demeura en vigueur, cette question n'intéressa qu'un petit nombre de personnes et quelques écrivains spéculatifs, parce que la féodalité limitait par des coutumes formelles les énormes prétentions théoriques de la plupart des souverains européens. On sait cependant qu'aussitôt que la décadence du système féodal eut mis hors de service les constitutions du moyen âge, dès que la Réforme eut discrédité l'autorité du pape, la doctrine du droit divin des rois acquit une importance qu'elle n'avait jamais eue auparavant. La vogue qu'obtint cette doctrine fit employer plus constamment encore le langage du droit romain, et une controverse qui avait eu d'abord une forme théologique, prit chaque jour davantage l'aspect d'une dispute juridique. On vit alors un phénomène qui s'est répété plusieurs fois dans l'histoire de l'opinion. Au moment même où les arguments en faveur de l'autorité royale prenaient une forme définie dans la doctrine de Filmer, le langage emprunté au droit des contrats, dont on s'était servi pour défendre les droits des sujets, aboutit à la théorie d'un contrat positif entre le roi et le peuple: théorie qui, maniée d'abord par les Anglais, plus

tard et surtout par les Français, se développa jusqu'à donner une explication de tous les phénomènes de la société et du droit. Mais le seul rapport réel entre la science politique et la science du droit avait consisté en ceci, que la dernière avait fourni à la première les avantages d'une terminologie plastique. Le droit romain des contrats avait rendu, pour l'exposition des rapports de souverain et de sujet, précisément le même service qu'il avait déjà rendu dans une sphère plus humble pour définir les rapports de personnes liées ensemble par une obligation de quasi-contrat. Il avait fourni une collection de mots et de phrases qui exprimaient avec une exactitude suffisante les idées qui se formaient de temps en temps au sujet des obligations politiques. La doctrine d'un contrat primitif ne peut jamais être placée plus haut que ne l'a placée le docteur Whewell, lorsqu'il a dit que, quoique erronée, « elle peut être une forme *convenable* pour exprimer des vérités morales. »

L'emploi étendu de la langue du droit dans la discussion des matières politiques avant l'invention du contrat primitif et l'influence puissante exercée plus tard par cette hypothèse, expliquent bien pourquoi on trouve dans la science politique un grand nombre de mots et d'idées créés par les jurisconsultes romains. L'abondance de ces mots et de ces idées dans la philosophie morale s'explique un peu autrement, car les écrits des moralistes ont mis à contribution le droit romain plus directement que ceux des politiques, et les moralistes ont eu mieux cons-

cience de tout ce qu'ils devaient à ce droit. Lorsque je dis que la philosophie morale doit beaucoup au droit romain, je veux parler de la philosophie morale telle qu'on la comprenait avant Kant, c'est-à-dire comme la science des règles qui gouvernent la conduite des hommes et des interprétations et limitations qui conviennent à ces règles. Depuis la naissance de la philosophie critique, les mots de science morale ont presque perdu leur ancien sens, et, si l'on excepte les pays où elle est conservée sous la forme corrompue de la casuistique, encore cultivée par les théologiens catholiques, elle semble considérée presque partout comme une branche des recherches ontologiques. Je ne connais pas un écrivain anglais contemporain, si ce n'est le docteur Whewell, qui comprenne la philosophie morale comme on la comprenait avant qu'elle eût été absorbée par la métaphysique, avant qu'on eût considéré la discussion sur les bases de la morale comme plus importante que celle de ses règles. Mais tant que la science morale s'est occupée des règles pratiques de conduite, elle a été plus ou moins saturée de droit romain. Comme tous les grands objets de la pensée moderne, elle était comprise à l'origine dans la théologie. La science de la théologie morale, comme on l'appelait d'abord, et comme l'appellent encore les théologiens catholiques, était formée, ainsi que le savaient bien ses auteurs, en prenant des principes dans le système de l'Église, et en employant pour les exprimer et les répandre le langage et les méthodes du droit. Pendant

qu'on travaillait ainsi, il était inévitable que le droit, quoique destiné seulement à l'expression des pensées, communiquât son caractère aux pensées elles-mêmes. On distingue parfaitement dans les premiers écrits de morale du monde moderne l'empreinte des conceptions juridiques, et il est évident, ce me semble, que le droit des contrats, fondé sur la réciprocité et la correspondance indestructible des droits et des devoirs, a été un correctif salutaire pour des écrivains qui, abandonnés à eux-mêmes, auraient considéré les obligations morales comme le devoir public du citoyen dans la Cité de Dieu. L'emploi du droit romain dans la théologie morale devint sensiblement moindre lorsque celle-ci fut cultivée par les grands moralistes espagnols. La théologie morale, développée par la méthode juridique d'un commentaire sur un commentaire, se fit un langage propre, et les raisonnements et expressions d'Aristote, venues en grande partie des disputes sur la morale dans les écoles académiques, remplacèrent cette manière de penser et de parler sur laquelle personne d'un peu familier avec le droit romain ne peut se méprendre. Si le crédit de l'école de morale des théologiens espagnols avait continué, ce que le droit aurait fourni à la science morale eût été insignifiant : mais le parti que la génération suivante des écrivains catholiques tira des conclusions des Espagnols sur cette matière détruisit presque entièrement leur influence. La théologie morale, dégénérée en casuistique, perdit tout intérêt pour les grands penseurs

de l'Europe ; et la nouvelle science de philosophie morale, qui était entièrement aux mains des protestants, s'écarta beaucoup de la voie que les théologiens moraux avaient suivie. De là vint un accroissement d'influence du droit romain sur les études morales.

« Peu de temps après la Réforme [1], nous trouvons deux grandes écoles qui se partagent cette espèce d'études. La plus influente des deux fut d'abord celle des casuistes, tous catholiques et appartenant presque tous à un des ordres religieux de l'Église catholique. De l'autre côté se trouvaient des écrivains liés entre eux par une commune descendance intellectuelle du grand auteur du traité *De jure belli et pacis*, Hugo Grotius. Presque tous ceux-ci étaient protestants ; et quoiqu'on ne puisse pas dire qu'ils étaient formellement et ouvertement en contradiction avec les casuistes, l'origine et le but de leur système étaient essentiellement différents de ceux des casuistes. Il est nécessaire d'appeler l'attention sur cette différence, parce qu'elle montre l'influence du droit romain sur la branche de la science qui occupait les deux écoles. Le livre de Grotius, quoiqu'il traite à chaque page des questions de morale pure, quoiqu'il ait produit directement et indirectement d'innombrables traités de morale, n'est pas, comme on sait, un traité en forme de philosophie morale ; c'est une tentative de définition du droit de la nature ou droit naturel. Maintenant, sans

[1] Le passage suivant est emprunté, avec quelques légers changements, à un article fourni par l'auteur aux *Cambridge essays*, de 1856.

toucher à la question de savoir si l'idée d'un droit naturel n'est pas une création exclusive des jurisconsultes romains, nous pouvons poser en fait, d'après l'aveu de Grotius lui-même, que les principes de la jurisprudence romaine sur les parties de droit positif qui doivent être considérées comme appartenant au droit de nature sont, sinon infaillibles, au moins dignes d'être examinées avec le plus profond respect. De là vient que le système de Grotius est mêlé de droit romain dès sa base même, ce qui rend inévitable, — l'éducation juridique de l'auteur l'aurait probablement fait procéder de même, — l'emploi continu du langage juridique, des manières de raisonner, de définir et d'éclaircir, qui, pour les personnes qui ne connaissent pas la source d'où ces arguments sont tirés, cache quelquefois le sens et presque toujours la force pressante de l'argumentation. D'un autre côté, les casuistes empruntent peu au droit romain, et le point de vue auquel ils considèrent la morale n'a rien de commun avec celui de Grotius. Toute cette philosophie du bien et du mal qui est devenue fameuse, ou infâme, sous le nom de casuistique, naissait de la distinction entre péché mortel et péché véniel. Le désir naturel d'échapper aux conséquences terribles d'une définition qui déclarait un acte déterminé péché mortel, et le désir non moins naturel de porter secours à l'Église catholique dans sa lutte avec le protestantisme, en la débarrassant d'une théorie gênante, tels furent les motifs qui poussèrent les auteurs de la casuistique à inventer un système artificiel de rai-

sons de décider, afin de placer dans le plus grand nombre de cas possible les actions immorales en dehors de la catégorie des péchés mortels et de les qualifier de péchés véniels. Le résultat de cette expérience appartient à l'histoire. Nous savons que les distinctions des casuistes, en permettant aux prêtres d'approprier la direction spirituelle aux caractères personnels les plus variés, leur ont donné sur les princes, les hommes d'État et les généraux une influence inconnue pendant les siècles qui avaient précédé la Réforme, et ont contribué réellement à la grande réaction qui arrêta et contint les premiers succès du protestantisme. Mais les casuistes commençant, non par établir, mais par éluder, non par poser un principe, mais par échapper à un postulat, ne cherchant point à définir la nature du bien et du mal, mais à déterminer ce qui était un mal d'une certaine nature, poursuivirent leurs raffinements d'habileté jusqu'à affaiblir le caractère moral des actes et à contredire les instincts moraux de l'homme, si bien qu'à la fin la conscience du genre humain se révolta tout à coup contre eux et causa la ruine du système et de ses docteurs. Le coup longtemps suspendu fut porté définitivement par les *Lettres provinciales* de Pascal, et depuis la publication de cet écrit mémorable, aucun moraliste de quelque influence et de quelque crédit n'a suivi les pas des casuistes. Ainsi tout le champ de la science morale fut abandonné aux écrivains qui suivaient Grotius; et on y trouve encore à un haut degré des traces du mé-

lange de la morale avec le droit romain, qui est quelquefois critiqué comme un défaut et quelquefois cité comme un des principaux mérites de la théorie de Grotius. Depuis l'époque de Grotius, plusieurs écrivains ont modifié ses principes, et plusieurs, depuis la naissance de la philosophie critique, les ont tout à fait abandonnés; mais ceux-mêmes qui se sont le plus écartés de ses principes fondamentaux tiennent beaucoup de lui pour la méthode d'exposition, pour la manière de penser et d'éclaircir par des exemples; et tout cela a peu de sens ou n'en a pas pour les personnes qui ignorent le droit romain. »

J'ai déjà dit qu'à l'exception des sciences physiques, il n'y a aucune branche de la science qui ait été aussi peu affectée par le droit romain que la métaphysique. C'est parce que les discussions métaphysiques ont toujours eu lieu en grec, d'abord en grec pur, et plus tard dans un latin fabriqué pour exprimer des idées grecques. Les langues modernes n'ont été appropriées aux recherches métaphysiques qu'en adoptant ce latin ou en imitant les procédés par lesquels on l'avait fabriqué. Les traductions latines d'Aristote ont fourni le langage qui a toujours été employé dans les discussions métaphysiques modernes, et ce que cherchait l'auteur de ces traductions, soit qu'elles fussent faites directement ou sur des versions arabes, ce n'étaient pas des expressions tirées de la littérature latine et analogues à celles du philosophe; le traducteur travaillait à construire avec des racines

latines une suite de phrases suffisantes pour exprimer les idées philosophiques grecques. Avec une telle façon de procéder, la terminologie du droit romain ne peut avoir exercé qu'une médiocre influence; tout au plus quelques mots latins transformés se sont introduits dans le langage métaphysique. Il convient aussi de remarquer que lorsque ces problèmes de métaphysique sont de ceux qui ont le plus agité l'Europe occidentale, la pensée, sinon le langage, trahit une origine juridique. Un des faits les plus dignes d'attention dans l'histoire des spéculations humaines, c'est qu'aucun peuple parlant grec ne se soit jamais inquiété sérieusement de la grande question du libre arbitre et de la nécessité. Je ne prétends pas l'expliquer, mais je crois pouvoir dire que ni les Grecs, ni une société parlant et pensant dans leur langue, n'a jamais montré la moindre capacité pour produire une philosophie du droit. La science du droit est de création romaine, et la question du libre arbitre se présente lorsque nous considérons une conception métaphysique sous un aspect juridique. Comment s'est élevée la question de savoir si une conséquence invariable était la même chose qu'une relation de nécessité? Tout ce que je puis dire, c'est que la tendance du droit romain, toujours plus marquée à mesure qu'elle faisait des progrès, était de considérer les conséquences légales comme jointes aux causes légales par une inexorable nécessité, tendance dont nous avons un exemple remarquable dans la définition de l'obligation que j'ai déjà citée : « *Juris vincu-*

lum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei. »

Mais le problème du libre arbitre était dans la théologie avant d'être dans la philosophie, et si ses termes ont été affectés par les idées de droit, c'est parce que la jurisprudence a fait sentir son influence à la théologie. L'objet d'étude que j'indique ici n'a jamais été suffisamment éclairé. Ce qu'il s'agit de déterminer, c'est si le droit a été un intermédiaire par lequel ont passé les principes théologiques; si, en fournissant une langue spéciale, une manière spéciale de raisonner et des solutions spéciales pour un grand nombre des problèmes de la vie, il a ouvert une nouvelle voie dans laquelle la spéculation théologique a pu entrer et se développer. Pour répondre à cette question, il faut se rappeler ce qui est déjà accepté par les meilleurs écrivains sur la nourriture intellectuelle que la théologie s'est d'abord assimilée. Tout le monde convient que le grec est le premier langage de l'Église chrétienne, et que les problèmes qu'elle a agités sont ceux qui étaient préparés par la philosophie grecque des derniers temps. La littérature métaphysique grecque contenait le seul approvisionnement de mots et d'idées où l'esprit humain pût trouver les moyens de s'engager dans les controverses profondes sur les personnes divines, sur la substance divine et sur les natures divines. Le latin et la pauvre philosophie latine n'étaient pas en état d'y pourvoir; aussi les provinces occidentales ou latines de l'empire acceptèrent-elles les conclusions de l'Orient sans les discuter ni même

les examiner. « La chrétienté latine, dit M. Milman, accepta la croyance que son vocabulaire étroit et stérile ne lui permettait guère d'exprimer en termes convenables. Cependant l'adhésion de Rome et de l'Occident était un acquiescement passif au système dogmatique produit par la théologie plus profonde des Orientaux, plutôt qu'un examen rigoureux et original de ces mystères. L'Église latine était l'élève en même temps que l'adhérente fidèle d'Athanase. » Mais, lorsque la séparation de l'Orient et de l'Occident devint plus tranchée, et que les provinces latines d'Occident commencèrent à vivre d'une vie intellectuelle propre, leur déférence pour l'Orient fit place à la discussion d'un certain nombre de questions entièrement étrangères à la spéculation orientale. « Tandis que la théologie grecque continuait à définir avec une subtilité plus grande Dieu et la nature du Christ; pendant que l'interminable controverse se prolongeait encore et chassait une secte après l'autre de l'orthodoxie affaiblie [1], » l'Église d'Occident se jetait avec une ardeur passionnée dans des disputes d'une autre sorte, les mêmes qui jusqu'à nos jours ont conservé leur intérêt pour toutes les familles humaines qui ont été comprises dans la communion latine. La nature du péché et sa transmission héréditaire, la dette due par l'homme et son acquittement par autrui, la nécessité et la suffisance de la satisfaction, et surtout l'antagonisme appa-

[1] Milman, *Latin Christianity*, Préface.

rent entre le libre arbitre et la prédestination, voilà les points que l'Occident commença à discuter aussi ardemment que l'Orient avait discuté ceux de la croyance qui l'intéressait le plus.

Comment se fait-il donc que des deux côtés de la ligne qui sépare les provinces grecques des provinces latines, se trouvent deux sortes de problèmes théologiques si visiblement différents les uns des autres? Les historiens de l'Église s'approchent de la solution lorsqu'il remarquent que les nouveaux problèmes étaient plus « pratiques, » moins spéculatifs que ceux qui avaient déchiré la chrétienté orientale, mais aucun d'eux, que je sache, ne l'a tout à fait indiquée. J'affirme sans hésitation que la différence entre les deux systèmes théologiques s'explique par ce fait qu'en passant de l'Orient à l'Occident, la spéculation théologique passait d'un climat de métaphysique grecque à un climat de droit romain. Pendant les quelques siècles qui s'étaient écoulés avant que ces controverses eussent pris une importance dominante, toute l'activité intellectuelle des Romains d'Occident avait été dépensée sur l'étude du droit exclusivement. Ils s'étaient occupés d'appliquer une série de principes à toutes les combinaisons que peuvent produire les circonstances de la vie. Aucun goût, aucune recherche étrangère ne détournait leur attention de cette occupation absorbante pour laquelle ils avaient un vocabulaire précis et abondant, une méthode sévère de raisonnement, un corps de propositions générales sur la

conduite de la vie plus ou moins vérifiées par l'expérience et une philosophie morale rigide. Il était impossible qu'ils ne choisissent pas entre les questions soulevées par l'histoire du christianisme celles qui avaient quelque affinité avec les spéculations auxquelles ils étaient habitués, et que leur manière de les traiter n'empruntât pas quelque chose aux habitudes du barreau. Presque tous ceux qui connaissent assez le droit romain pour apprécier le système pénal romain, la théorie romaine des obligations établies par contrat ou délit, la manière dont les Romains considéraient les dettes dans leur naissance, leur extinction et leur transmission, la notion romaine de la continuation de l'existence individuelle par la succession universelle, peuvent dire d'où venait la forme de pensée à laquelle les problèmes posés par la théologie de l'Occident furent si attrayants, d'où vint le langage dans lequel ces problèmes furent posés et la forme de raisonnement employée dans leur discussion. Il faut seulement se rappeler que le droit romain qui avait pénétré la pensée de l'Occident n'était ni le système primitif de l'ancienne Cité, ni la jurisprudence émondée et écourtée des empereurs byzantins ; encore moins était-ce la masse de règles presque couverte par des doctrines spéculatives modernes qui est connue sous le nom de droit civil moderne. Je parle seulement de cette philosophie du droit travaillée par les grands penseurs de l'époque des Antonins, qui est reproduite en partie par

les Pandectes de Justinien, système auquel on ne peut guère reprocher que d'avoir prétendu à un degré d'élégance, de certitude et de précision auquel il n'est guère possible d'atteindre quand il s'agit de lois humaines réglant des affaires humaines.

Grâce à l'ignorance du droit romain, que les Anglais avouent volontiers, et dont quelquefois ils n'ont pas honte de se vanter, plusieurs écrivains anglais, considérables et renommés, ont écrit les paradoxes les plus insoutenables sur la condition intellectuelle des habitants de l'empire romain. On a constamment affirmé, avec aussi peu d'hésitation que si cette proposition n'avait pas été téméraire, que depuis la fin du siècle d'Auguste jusqu'au moment où l'on s'était intéressé aux articles de la foi chrétienne, l'énergie mentale du monde civilisé avait été paralysée. Or, il y a deux sujets de recherche, — les deux seules peut-être, si l'on excepte les sciences physiques, qui puissent employer toute l'énergie et toute la capacité dont l'esprit humain est capable : l'une est la métaphysique, qui n'a point de limites tant que l'esprit ne se fatigue pas à travailler sur lui-même; l'autre est le droit, qui est aussi étendu que les intérêts de l'humanité. Il est arrivé, justement dans la période indiquée, que les provinces grecques se sont livrées à une de ces branches d'étude, et les provinces latines à l'autre. Je ne parle pas des résultats de la spéculation à Alexandrie et en Orient, mais j'affirme sans hésitation qu'à Rome et en Occident on avait une occupation suffi-

sante pour compenser l'absence de tout autre exercice mental, et j'ajoute que les résultats obtenus à notre connaissance n'étaient pas indignes du travail continu et exclusif qui les a produits. Il n'y a peut-être personne autre que le jurisconsulte de profession qui puisse bien comprendre combien l'étude du droit exige de force intellectuelle ; mais celui même qui n'est pas jurisconsulte peut comprendre sans peine pourquoi la société romaine s'occupait de jurisprudence avec un intérêt extraordinaire. Les progrès d'une société donnée dans le droit dépendent à la longue des mêmes conditions que ses progrès dans les autres branches de recherches; et les principales de ces conditions sont la proportion de l'intelligence nationale qui y est appliquée, et la durée du temps de cette occupation. Eh bien, une combinaison de toutes les causes directes et indirectes qui contribuent à l'avancement et à la perfection d'une science continua d'agir sur la jurisprudence de Rome pendant tout le temps écoulé entre les douze tables et la séparation des deux empires, — et cela non par intervalles ou irrégulièrement, mais avec une force toujours croissante et un nombre de travailleurs toujours plus grand. Nous devrions réfléchir que le premier exercice intellectuel auquel se livre une jeune nation est l'étude de ses lois. Dès que l'esprit fait les premiers efforts conscients de généralisation, il tâche d'embrasser dans des règles générales et des formules compréhensives les intérêts de la vie de chaque jour. La popularité des recherches

dont s'occupe toute l'énergie d'une jeune communauté n'a point de limites au commencement, mais elle cesse avec le temps. Le droit n'est plus l'occupation exclusive de l'esprit. La foule qui se pressait à l'audience du matin du grand jurisconsulte romain diminue. Les étudiants se comptent par centaines et non plus par milliers dans les écoles (*Inns of court*) anglaises. Les arts, la littérature, la science, la politique, réclament leur part de l'intelligence nationale; et la pratique de la jurisprudence est renfermée dans le cercle d'une profession qui n'est ni limitée ni insignifiante, mais qui étudie dans l'espoir du gain autant que par l'intérêt qu'elle porte à la science. Cette succession de changements a été même plus frappante à Rome qu'en Angleterre. Vers la fin de la république, il n'y avait pour une intelligence élevée d'autre champ d'activité que l'étude du droit ou le talent militaire. Mais une nouvelle station dans le progrès intellectuel commença au siècle d'Auguste, comme chez nous au temps d'Élisabeth. Nous savons tous quels ont été ses chefs-d'œuvre en poésie et en prose; mais on doit remarquer quelques indications qui prouvent que non-seulement la littérature d'agrément florissait, mais qu'on était à la veille de développer de nouvelles aptitudes pour les conquêtes des sciences physiques. Toutefois, à ce point, l'histoire de l'esprit humain dans l'empire romain cesse de suivre la même marche qu'elle a suivie depuis. Le court développement de la littérature romaine proprement dite fut soudainement arrêté par

diverses influences qui pourraient être indiquées en partie, mais qu'il ne convient pas d'analyser ici. L'intelligence fut alors rejetée vers ses anciennes occupations, et le droit recommença à devenir l'objet des études des hommes distingués autant qu'à l'époque où les Romains méprisaient la philosophie et la poésie comme les jouets de peuples enfants. On comprendra bien quelles étaient les circonstances extérieures qui, pendant la période impériale, poussaient les hommes de valeur à l'étude de la jurisprudence, si l'on considère quelle profession ils pouvaient choisir. Ils pouvaient devenir professeurs de rhétorique, commandants d'un poste sur la frontière, ou rédacteurs de panégyriques. Hors de là, ils n'avaient d'autre carrière dans la vie active que la pratique de la jurisprudence. Par là on pouvait arriver à la fortune, à la réputation, aux places, au conseil de l'empereur, et même au trône.

Les avantages assurés à la pratique de la jurisprudence étaient si énormes, qu'il y avait des écoles de droit dans toutes les parties de l'empire et même dans celles qui appartenaient à la métaphysique. Mais quoique la translation de l'empire à Byzance donnât une impulsion visible à l'étude du droit en Orient, la jurisprudence n'y détrôna jamais les études qui lui faisaient concurrence dans cette contrée. Son langage était latin, dialecte étranger dans la moitié orientale de l'empire. Ce n'est qu'en Occident que le droit fut la seule nourriture intellectuelle des ambitieux et de ceux qui avaient des

aspirations élevées, et même le seul aliment de toute activité intellectuelle. La philosophie grecque n'avait jamais été autre chose que l'objet d'un goût passager et de mode pour les hommes bien élevés de Rome, et lorsque la nouvelle capitale orientale de l'empire fut créée et que l'empire se divisa en deux, les provinces occidentales abandonnèrent les spéculations grecques et se livrèrent plus exclusivement que jamais à la jurisprudence. Dès qu'elles cessèrent de prendre leçon des Grecs et commencèrent à se faire une théologie propre, cette théologie se trouva remplie d'idées juridiques et exposée en formules juridiques. Il est certain que cette fondation de droit qui se trouve sous la théologie occidentale est très-profonde. Une nouvelle série de théories grecques, la philosophie d'Aristote, s'introduisit plus tard en Occident et couvrit presque les doctrines indigènes; mais lorsque la Réforme délivra l'Occident de leur influence, le droit revint prendre leur place. Il est difficile de dire lequel des deux systèmes religieux de Calvin ou des Arminiens a le caractère juridique le plus tranché.

La grande influence du droit romain spécial aux contrats sur la branche correspondante du droit moderne, appartient plutôt à l'histoire du droit perfectionné qu'à un livre comme celui-ci. Elle ne se fit pas sentir jusqu'à ce que l'école de Bologne fonda la science du droit de l'Europe moderne. Mais le développement complet de l'idée de contrat par les Romains avant la chute de l'Empire devint importante bien plus tôt. La féodalité,

je l'ai déjà dit, était un composé d'anciennes coutumes barbares primitives et de droit romain ; on ne peut l'expliquer ou même la comprendre autrement. Les premières formes sociales de la période féodale diffèrent peu des associations dans lesquelles on trouve partout unis les hommes des civilisations primitives. Un fief était une corporation d'associés dont les droits de propriété et les droits personnels étaient mêlés d'une manière inextricable. Il ressemblait beaucoup à une communauté de village indien et à un clan des Highlands. Mais il présentait en outre quelques phénomènes que nous ne trouvons jamais dans les associations formées spontanément par des novices en civilisation. Les véritables communautés primitives se soutiennent, non par des règles formelles, mais par sentiment, nous devrions peut-être dire par instinct ; les nouveaux venus dans la communauté prennent cet instinct, en prétendant faussement avoir part à la parenté du sang d'où il vient naturellement. Mais les premières communautés féodales n'étaient ni liées par le sentiment, ni inventées par la fiction. Le lien qui les unissait était un contrat, et elles acquéraient de nouveaux associés en contractant avec eux. Les rapports du seigneur et des vassaux avaient été déterminés à l'origine par des engagements exprès, et celui qui désirait entrer dans la communauté par recommandation ou inféodation savait clairement à quelles conditions il était admis. C'est donc principalement par la place qu'y occupe le contrat que les institutions féo-

dales se distinguent des coutumes des sociétés primitives. Le seigneur avait plusieurs caractères du patriarche, mais ses pouvoirs étaient limités par une multitude de coutumes remontant aux conditions dont on était convenu lorsque l'inféodation avait eu lieu. De là viennent les principales différences qui nous empêchent de classer les sociétés féodales au nombre des communautés primitives. Les premières ont eu plus de variété et plus de durée : plus de durée, parce que des règles formelles sont plus durables que des coutumes instinctives; plus de variété, parce que les contrats sur lesquels elles étaient fondées étaient réglés dans tous leurs détails suivant la situation et les désirs des personnes qui donnaient ou abandonnaient leurs terres. Cette dernière considération peut nous montrer combien les opinions vulgaires sur l'origine de la société moderne ont besoin d'être rectifiées. On dit souvent que les contours irréguliers et divers de la civilisation moderne, sont dus au génie exubérant et fantaisiste des races germaniques, que l'on fait contraster avec la lourde routine de l'empire romain. La vérité est que l'empire a légué à la société moderne l'idée juridique à laquelle on doit attribuer toute cette irrégularité ; si les coutumes et les institutions barbares ont un caractère marqué, c'est une extrême uniformité.

CHAPITRE X.

Histoire primitive des délits et des crimes.

Les codes teutoniques, y compris ceux de nos ancêtres anglo-saxons, sont les seuls corps de droit primitif qui nous soient parvenus en tel état que nous puissions nous former une idée exacte de leurs dimensions. Quoique les fragments de codes romains et helléniques que nous possédons suffisent à nous montrer leur caractère général, ils ne sont pas assèz considérables pour que nous soyons bien sûrs de leur étendue et de la proportion des parties dont ils se composent. Mais, en somme, toutes les collections connues d'anciennes lois se caractérisent par un trait qui les distingue nettement des systèmes de droit perfectionnés : la proportion des lois civiles et des lois criminelles y est tout à fait différente. Dans les codes germaniques, les dispositions de droit civil ont des dimensions insignifiantes en comparaison des dispositions de droit criminel. Les traditions qui nous parlent des peines atroces infligées par le code de Dracon semblent indiquer qu'il avait le même caractère. Dans les douze tables seulement, produites par une so-

ciété d'un plus grand génie juridique, et qui avait au commencement des mœurs plus douces, les dispositions de droit civil occupent la plus grande place, comme dans les codes modernes ; mais l'étendue relative de l'espace accordé aux dispositions pénales semble avoir été grand, quoique non énorme. Je crois qu'on peut affirmer que plus un code est ancien, plus les dispositions pénales y sont étendues et minutieuses. Ce phénomène a été observé et expliqué jusqu'à un certain point exactement par la violence habituelle dans les sociétés qui commencent à écrire leurs lois. Le législateur, dit-on, a divisé son œuvre en proportion de la fréquence de certains accidents de la vie barbare. Il me semble que cette explication n'est pas complète. On devrait se rappeler que la stérilité relative du droit civil dans les collections de lois primitives est en rapport avec les autres caractères de l'ancien droit que nous avons exposés dans ce traité. Les neuf dixièmes du droit civil des sociétés civilisées traitent du droit des personnes, de la propriété, des successions, des testaments et des contrats. Mais il est évident que toutes ces branches du droit doivent être enfermées dans des limites d'autant plus étroites que nous nous rapprochons davantage de l'enfance de la société. Le droit des personnes, qui n'est pas autre chose que celui relatif à l'état des personnes, est enfermé dans les limites les plus étroites, tant que l'état de toutes les personnes est la soumission à la puissance paternelle, tant que la femme n'a pas de droits contre

son mari, ni le fils contre son père, ni le pupille contre les agnats qui sont ses tuteurs. De même, les règles relatives à la propriété et aux successions ne peuvent jamais être abondantes, tant que la terre et les biens sont transmis dans la famille et que, s'il y a une distribution, elle ne sort pas du cercle de la famille. Mais la plus grande lacune que l'on trouve dans le droit civil ancien est toujours l'absence du contrat, dont quelques codes primitifs ne font pas mention, tandis que d'autres attestent clairement que les notions morales sur lesquelles repose le contrat ne sont pas venues à maturité, en le remplaçant par une jurisprudence minutieuse sur les serments. Il n'y a pas les mêmes motifs pour que la loi pénale soit pauvre ; aussi, lors même qu'il serait hasardeux de dire que l'enfance des nations est toujours une période de violence sans frein, nous pouvons bien comprendre pourquoi les rapports d'étendue du droit civil et du droit pénal sont tout différents chez les anciens et chez les modernes.

J'ai dit que le droit primitif donnait aux dispositions pénales une priorité qu'elles n'ont pas dans un état de société plus avancé. Je me suis exprimé en ces termes pour la commodité du langage, mais en réalité, l'examen attentif des anciens codes nous montre que ces dispositions si nombreuses n'appartiennent pas réellement au droit pénal. Chez tous les peuples civilisés, on distingue les offenses contre l'État et la société des offenses contre les individus, et ces deux classes d'infractions à la loi

peuvent être appelées ici, sans que je prétende que ce nom ait toujours été employé dans ce sens par la jurisprudence, crimes et torts, *crimina* et *delicta*. Or, la loi pénale des anciennes sociétés ne punit pas les crimes ainsi définis; elle punit les délits, ou, pour employer le mot technique anglais, les *torts*. La personne offensée attaque l'offenseur par une action civile ordinaire, et si elle réussit, elle obtient une compensation sous la forme de dommages-intérêts. Si l'on ouvre les Commentaires de Gaïus au chapitre où il parle du droit pénal des douze tables, on verra qu'en tête des torts civils reconnus par la loi romaine se trouvait le *furtum* ou vol. Les offenses que nous sommes habitués à considérer comme crimes sont considérées comme torts, et non-seulement le larcin, mais l'attaque et le vol à main armée sont réunis par le jurisconsulte avec l'entrée par force sur la terre d'autrui et la diffamation écrite ou parlée. Tous donnaient naissance à une obligation ou *vinculum juris*, et étaient punis par le payement d'une somme d'argent. Mais cette particularité est surtout frappante dans les collections de lois des tribus germaniques. Toutes, sans exception, contiennent un immense système de compensations en argent pour l'homicide, et la plupart ont un système de compensations tout aussi étendu pour les offenses moins graves. « Dans la loi anglo-saxonne, écrit M. Kemble, la vie de tout homme libre était évaluée à une somme d'argent, variable selon son rang; une somme d'argent compensait les blessures qui pouvaient lui être infligées

et presque tous les dommages qu'il pouvait souffrir dans ses droits civils, dans son honneur, dans sa tranquillité, et la somme était augmentée suivant les circonstances qui accompagnaient l'offense. » Ces compensations sont évidemment considérées comme une source de revenu ; des règles compliquées définissent le droit de celui qui peut y prétendre, et la responsabilité de celui qui doit les payer. J'ai déjà eu occasion de remarquer qu'elles suivent souvent une règle de succession particulière, lorsqu'elles n'ont pas été acquittées avant la mort de la personne à laquelle elles appartiennent. Si donc on appelle *délit* ou *tort* l'offense dans laquelle c'est un particulier et non l'État qui est offensé, on peut affirmer que, dans l'enfance du droit, le citoyen est protégé contre la violence ou la fraude, non par le droit pénal proprement dit, mais par le droit relatif aux torts.

Ainsi les torts occupent une large place dans le droit primitif, et il connaît aussi les péchés. Il est presque inutile de le dire des codes tentoniques, parce que ces codes, dans la forme où nous les possédons, ont été compilés ou refondus par des législateurs chrétiens. Mais il est également vrai que des corps de droit primitif non chrétiens infligent des peines à certains actes et à certaines omissions, considérées comme des violations des prescriptions ou commandements de Dieu. Les lois dont s'occupait à Athènes le sénat de l'aréopage étaient probablement un code religieux, et à Rome, à une époque qui paraît très-ancienne,

le droit pontifical punissait l'adultère, le sacrilége et peut-être le meurtre. Il y avait donc à Athènes et à Rome des lois pénales contre les péchés. Il y avait aussi des lois pénales contre les torts. L'idée d'une offense contre la Divinité fit porter les premières ; l'idée d'une offense contre le prochain fit porter les secondes ; mais l'idée d'une offense contre l'État ou la collection des citoyens ne produisit pas d'abord un véritable droit criminel.

Cependant il ne faut pas supposer qu'une idée aussi simple et aussi élémentaire que celle d'offense contre l'État manquât aux sociétés primitives. Il semble plutôt que cette idée, conçue d'une façon très-distincte, ait été la cause qui a empêché la naissance d'un véritable droit criminel. En tout cas, lorsque la société romaine comprit qu'elle était offensée, l'analogie de cette offense avec celle qui atteignait un individu fut poussée à ses dernières conséquences, et l'État se vengea par un acte personnel en quelque sorte contre l'offenseur. Il en résulta qu'au commencement de la république, toute offense qui touchait gravement sa sécurité ou ses intérêts était punie par une loi spéciale. C'est là la première conception du *crimen* ou crime, acte de telle conséquence que l'État, au lieu de le laisser juger par le tribunal civil ou le tribunal religieux, dirigeait une loi spéciale ou *privilegium* contre l'offenseur. Par conséquent, toute accusation prenait la forme d'une condamnation, et le jugement d'un

criminel était un procédé tout à fait extraordinaire, tout à fait irrégulier et indépendant de règles fixes ou de conditions définies. Par suite, il n'y avait à cette époque ni loi contre les crimes, ni jurisprudence criminelle, parce que le tribunal qui jugeait était le souverain lui-même, et parce qu'il n'était pas possible de classer les actes prescrits ou défendus. La procédure ne différait pas de celle qu'on suivait pour faire une loi ; elle était dirigée par les mêmes personnes et conduite dans les mêmes formes. On doit observer que lorsque vint un droit criminel régulier accompagné de magistrats et de fonctionnaires pour l'appliquer, l'ancienne procédure demeura strictement en vigueur, comme on peut le supposer en voyant combien elle était conforme à la théorie ; et quoique le recours à cette procédure eût perdu son crédit, le peuple romain conserva toujours le pouvoir de punir par une loi spéciale les offenses contre Sa Majesté. Les personnes familières avec la littérature classique n'ont pas besoin qu'on leur rappelle que la loi portant des peines chez les Athéniens, ou εἰσαγγελία, survécut à l'établissement des tribunaux réguliers. On sait aussi que, lorsque les hommes libres des races teutoniques se réunissaient pour faire des lois, ils punissaient les offenses d'une gravité particulière ou commises par des criminels d'un rang élevé. La juridiction criminelle du Witenagemot anglo-saxon était de la même nature.

On peut croire que la différence dont j'ai signalé

l'existence entre la manière de voir des anciens et des modernes, quant aux lois pénales, n'a qu'une existence verbale. La communauté, peut-on dire, outre qu'elle punissait les crimes législativement, intervenait dès l'origine par ses tribunaux pour forcer l'offenseur à composer pour l'offense commise, et si elle faisait cela, on doit toujours avoir supposé qu'elle était offensée d'une façon quelconque. Mais, quelque rigoureuse que nous paraisse aujourd'hui cette conclusion, il est douteux qu'elle ait jamais été tirée par les hommes de l'antiquité primitive. Ce qui prouve que la notion d'une offense à la communauté n'avait pas grand'chose de commun avec l'intervention primitive de l'État, avec ses tribunaux, c'est que, dans l'administration primitive de la justice, la procédure était une imitation exacte de la suite d'actes auxquels devaient se livrer des particuliers qui se disputent et qui laissent plus tard apaiser leur querelle. Le magistrat imitait exactement la tenue d'un arbitre appelé par hasard.

Pour montrer que cette affirmation n'est pas une idée de fantaisie, je fournirai la preuve sur laquelle elle repose. La procédure la plus ancienne à coup sûr que nous connaissions est la *legis actio sacramenti* des Romains, de laquelle on peut prouver qu'est sorti le droit romain relatif aux actions. Gaïus décrit avec soin le cérémonial de cette action. Quoiqu'il semble insignifiant et grotesque à première vue, un peu d'attention nous permet de le comprendre et de l'interpréter.

Supposons que l'objet du procès soit devant le tribunal. Si c'est un meuble, il y est en nature; si c'est un immeuble, on en apporte un fragment ou un échantillon: la terre, par exemple, est représentée par une motte, et une maison par une brique. Dans l'exemple choisi par Gaïus, l'objet du procès est un esclave. Le demandeur s'avance avec une baguette qui, Gaïus nous le dit expressément, représente une lance : il prend l'esclave et affirme son droit sur lui par ces paroles : ***Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse dico, secundum suam causam, sicut dixi***; puis il ajoute : ***Ecce tibi vindictam imposui***, et il le touche avec la lance. Le défendeurp rononce les mêmes paroles et fait les mêmes gestes. Sur cela le préteur intervient et ordonne aux plaideurs de lâcher prise : ***Mittite ambo hominem.*** Ils obéissent, et le demandeur questionne le défendeur sur le motif pour lequel il est intervenu: ***Postulo anne dicas quâ ex causâ vindicaveris?*** Question à laquelle le défendeur répond par une nouvelle affirmation de son droit: ***Jus peregi sicut vindictam imposui.*** Sur cela, le demandeur offre d'engager une somme d'argent, appelée ***sacramentum,*** sur la justice de sa cause : ***Quando tu injuriâ provocasti, D æris sacramento te provoco***; le défendeur répond : ***Similiter ego te,*** et accepte la gageure. La procédure qui suit n'a plus de forme déterminée, mais il faut observer que le préteur prenait des sûretés pour le *sacramentum*, qui entrait toujours dans les coffres de l'État.

Telle était la préface nécessaire de tout ancien procès

à Rome. Je crois qu'il est impossible de ne pas accepter l'opinion de ceux qui y voient un drame sur l'origine de la justice. Deux hommes armés se disputent au sujet d'un objet contesté. Le préteur, *vir pietate gravis*, passe par hasard et intervient pour arrêter la dispute. Les deux hommes lui exposent l'affaire, et conviennent qu'il soit arbitre entre eux et que le condamné perde, non-seulement l'objet de la dispute, mais une somme d'argent attribuée à l'arbitre comme rémunération de son travail et de son temps. Cette interprétation serait moins probable, si, par une coïncidence étonnante, la cérémonie décrite par Gaïus comme procédure nécessaire dans une *legis actio* n'était en substance la même qu'un des sujets qui, au dire d'Homère, sont sculptés par le dieu Hêphaistos dans le premier compartiment du bouclier d'Achille. Dans la scène décrite par Homère, l'objet de la dispute, — comme s'il avait voulu expressément caractériser la société primitive, — n'est pas une chose, mais la composition pour un homicide. Un individu affirme qu'il l'a payée et l'autre qu'il ne l'a jamais reçue. Le détail qui fait de cette scène le pendant de la pratique primitive de Rome est la récompense destinée aux juges. Deux talents d'or sont placés entre eux, et doivent être donnés à celui qui expliquera le mieux, au jugement des assistants, les motifs de la décision. L'importance de cette somme, comparée au peu d'importance du *sacramentum*, indique à mon avis la différence qui existe entre une coutume flottante et une coutume transformée

en droit. La scène représentée par le poëte est frappante et caractéristique, mais ce n'est qu'une scène accidentelle, un trait de la vie de l'âge héroïque, qui est devenu, à l'origine de l'histoire de la procédure civile, une forme régulière et habituelle d'ouverture d'instance. Il est donc naturel que dans la *legis actio* la rémunération du juge soit réduite à une somme raisonnable, et qu'au lieu d'être attribuée à un arbitre par acclamation populaire, elle soit payée couramment à l'État, que représente le préteur. Mais je ne puis douter que les détails si vivement décrits par Homère et par Gaïus avec toute la précision du langage technique aient au fond le même sens; et pour confirmer cette opinion, j'ajouterai que plusieurs de ceux qui ont étudié les premières coutumes de l'Europe moderne, ont remarqué que les amendes infligées primitivement par les tribunaux n'étaient autre chose que des *sacramenta*. L'État ne prenait point au défendeur la compensation d'un tort qui lui eût été fait, mais il réclamait une part de la compensation accordée au demandeur, simplement comme le prix de son temps et de sa peine. M. Kemble attribue expressément ce caractère au *bannum* ou *fredum* anglo-saxon.

L'ancien droit nous fournit d'autres preuves de ce que les premiers administrateurs de la justice imitaient les actes auxquels se seraient livrées des personnes engagées dans une querelle privée. En réglant les dommages accordés, ils prenaient pour mesure la vengeance qu'exercerait probablement la personne offensée dans les cir-

constances de l'affaire. C'est la véritable explication des peines très-différentes infligées par l'ancien droit au criminel pris sur le fait ou presque aussitôt, et au criminel découvert après un temps considérable. On peut trouver quelques exemples étranges de cette particularité dans le droit romain relatif au vol. La loi des douze tables semble avoir distingué les vols en manifestes et non manifestes, et avoir puni ces deux sortes de vol d'une manière très-différente. L'auteur du vol manifeste, pris dans la maison où il venait de voler, ou pendant qu'il courait se mettre en sûreté en emportant son butin, était puni de mort s'il était esclave, et s'il était libre, il devenait esclave du volé. L'auteur du vol non manifeste, découvert autrement que dans les circonstances ci-dessus, était puni seulement par l'obligation de restituer le double de ce qu'il avait pris. A l'époque de Gaïus, la sévérité excessive de la loi de douze tables pour le vol manifeste avait été naturellement adoucie, mais la loi maintenait encore l'ancien principe en l'obligeant à restituer le quadruple, tandis que l'auteur du vol non manifeste continuait à restituer le double. L'ancien législateur estimait sans doute que le propriétaire volé, abandonné à lui-même, sévirait très-sévèrement dans le premier moment, et se contenterait d'une satisfaction moindre, lorsque le voleur serait découvert après un certain intervalle de temps; et c'est sur ces considérations qu'étaient calculées les peines infligées par la loi. On trouve précisément le même principe dans le code anglo-

saxon et dans les autres lois germaniques, qui admettent que le voleur poursuivi et pris avec son butin soit pendu ou décapité sur place, tandis qu'elles infligent la peine de l'homicide à celui qui le tue après que la poursuite a été abandonnée. Ces antiques distinctions nous font bien sentir la différence d'un droit raffiné et d'un droit primitif. Une des choses les plus difficiles dans l'exercice des fonctions du juge moderne est de distinguer le degré de criminalité des actes compris dans la même définition pénale. Il est toujours facile de dire qu'un homme est coupable d'homicide, de larcin, ou de bigamie, mais il est souvent très-difficile de dire jusqu'à quel point il est moralement coupable et, par conséquent, de déterminer le degré de peine qu'il a encouru. Il n'y a guère aucune difficulté dans la casuistique ou dans l'analyse des motifs que nous ne soyons appelés à rencontrer, lorsque nous essayons de déterminer avec précision un cas de ce genre; et c'est pourquoi les lois de notre temps tendent chaque jour davantage à éviter les définitions précises sur cette matière. En France, on laisse au jury le soin de décider si le crime dont il reconnaît l'existence a été accompagné de circonstances atténuantes; en Angleterre, on laisse au juge une latitude presque illimitée dans le choix de la peine, et dans tous les États, l'on garde en réserve comme dernier remède contre les erreurs de la loi le droit de grâce, attribué partout au premier magistrat. Il est curieux d'observer combien peu les hommes des temps primitifs étaient touchés par

ces scrupules, combien ils étaient persuadés que les sentiments de la personne offensée étaient la mesure de la vengeance qu'ils avaient droit de tirer, et avec quelle exactitude ils suivaient les mouvements probables de ses passions en fixant le degré de la pénalité. Je voudrais qu'on pût dire que leur méthode pénale est tout à fait abandonnée. Mais il y a plusieurs systèmes de législation moderne qui, dans les cas d'offense grave, admettent que le flagrant délit peut excuser une punition excessive infligée par l'offensé à l'offenseur, indulgence qui peut sembler intelligible lorsqu'on la regarde superficiellement, mais qui est fondée, ce me semble, sur un état moral très-bas.

J'ai dit que rien n'était plus simple que les considérations qui avaient amené les anciennes sociétés à créer un véritable droit criminel. L'État se considérait comme offensé, et l'assemblée populaire frappait directement l'offenseur par la procédure qui faisait une loi. Il est vrai en outre de l'ancien monde, — quoiqu'il ne soit pas vrai du moderne, comme j'aurai occasion de l'indiquer, — que les premiers tribunaux criminels étaient de simples subdivisions ou commissions de la législature. C'est en tout cas la conclusion à laquelle arrive l'histoire du droit pour les deux grands États de l'antiquité, conclusion assez claire pour l'un et complétement certaine pour l'autre. Le droit pénal primitif d'Athènes confiait le soin de punir les offenses, en partie aux archontes, qui semblent les avoir punies comme *torts*, en

partie à l'aréopage, qui les punissait comme *péchés*. Ces deux juridictions furent transférées à la Heliæa, haute cour de justice populaire, et les fonctions des archontes et de l'aréopage devinrent secondaires ou insignifiantes. Mais *Heliæa* est l'ancien mot qui désigne l'assemblée; l'Heliæa des temps classiques était simplement l'assemblée populaire pour rendre la justice, et les fameuses dikasteries d'Athènes étaient seulement des subdivisions ou tableaux (*panels*) de cette assemblée. Les changements correspondants qui eurent lieu à Rome sont encore plus faciles à interpréter, parce que les Romains limitèrent leurs expériences au droit pénal et n'établirent pas, comme les Athéniens, des tribunaux populaires pour les causes civiles comme pour les causes criminelles. L'histoire du droit criminel romain commence par les anciens *judicia populi*, présidés, dit-on, par les rois. C'étaient simplement des procès solennels faits aux grands criminels dans la forme législative. Il semble cependant que, dès une époque très-ancienne, les comices avaient parfois délégué leur juridiction criminelle à une *quæstio*, ou commission, qui avait avec l'assemblée les mêmes rapports qu'une commission de la chambre des Communes avec cette chambre, avec cette différence que les commissaires ou *quæstores* romains ne se bornaient pas à faire un rapport aux comices, mais exerçaient tous les pouvoirs qui appartenaient à cette assemblée, jusqu'à celui de porter sentence contre l'accusé. Une *quæstio* de cette espèce n'était chargée que du jugement d'une

offense déterminée, mais rien n'empêchait que deux ou trois *quæstiones* ne siégeassent en même temps ; et il est probable qu'on en nommait plusieurs à la fois lorsque plusieurs offenses graves avaient été faites en même temps à la république. Il y a des indications qui portent à croire que quelquefois ces *quæstiones* ressemblaient à nos commissions permanentes (*standing comittees*), en ce qu'elles étaient nommées périodiquement et sans attendre qu'un crime sérieux eût été commis. Les anciens *quæstores parricidii*, qui sont mentionnés au sujet d'affaires très-anciennes, comme étant chargés de juger (ou instruire et juger, comme le disent quelques auteurs) les cas de parricide et de meurtre, semblent avoir été nommés régulièrement tous les ans ; et les *duumviri perduellionis*, ou commission de deux membres pour juger les offenses violentes contre la république, étaient aussi, au jugement d'un grand nombre d'écrivains, nommés périodiquement. Les délégations de pouvoir faites à ces derniers fonctionnaires nous amènent à des temps moins anciens. Au lieu d'être nommés lorsque des crimes d'État étaient commis, ils avaient une juridiction générale, quoique temporaire, sur les crimes d'État qui pourraient être commis. Nous voyons aussi qu'on approche d'une jurisprudence criminelle régulière par les termes généraux *parricidium* et *perduellio*, qui montrent qu'on arrive à quelque chose qui ressemble à une classification des crimes.

Cependant le véritable droit criminel ne naquit qu'en

l'année 419 avant J.-C., lorsque L. Calpurinus Piso fit décréter la loi connue sous le nom de *Lex Calpurnia de repetundis*. Cette loi s'appliquait aux affaires *repetundarum pecuniarum*, c'est-à-dire aux réclamations élevées par les habitants des provinces pour se faire rembourser l'argent indûment perçu par les gouverneurs généraux; mais la grande et durable importance de cette loi tient à ce qu'elle établit la première *quæstio perpetua*. Une *quæstio perpetua* était une commission permanente, qui différait par là de celle qui était nommée à l'occasion d'un crime et temporairement. C'était un tribunal criminel régulier dont l'existence datait de la loi qui l'avait créé, et continuait jusqu'à ce qu'une autre loi l'eût aboli. Ses membres n'étaient point nommés personnellement, comme les membres des anciennes *quæstiones*, mais la loi qui établissait la *quæstio* déterminait la manière de choisir les juges dans des classes déterminées, et de les renouveler suivant des règles définies. Les offenses dont elle connaissait étaient aussi nommées et définies par la loi, et la nouvelle *quæstio* avait le pouvoir de juger et de condamner toutes les personnes dont les actes rentraient dans la définition du crime, telle que la donnait la loi. C'était donc un tribunal criminel régulier appliquant une vraie législation criminelle régulière.

L'histoire primitive du droit criminel se divise donc en quatre époques. Comprenant que l'idée de *crime*, distinguée de celle de *tort* et de celle de *péché*, emporte

l'idée d'une offense contre l'État et la communauté en général, nous trouvons d'abord que la communauté, appliquant à la lettre cette idée, agit directement et par des actes spéciaux pour se venger de l'auteur du mal qui lui a été fait. C'est là le point de départ; chaque accusation est un décret pénal, une loi spéciale nommant le criminel et ordonnant qu'il soit châtié. On entre dans la seconde époque lorsque la multiplicité des crimes oblige la législature à déléguer ses pouvoirs à des *quæstiones* ou commissions, dont chacune est chargée d'examiner une accusation particulière et, si elle est fondée, de punir le coupable. On fait encore un pas lorsque la législature, au lieu d'attendre pour nommer une *quæstio* qu'un crime ait été commis, nomme périodiquement des commissaires, comme les *quæstores parricidii* et les *duumviri perduellionis*, en vue de certains crimes qui peuvent être commis et dans la prévision qu'ils seront commis. On arrive à la dernière époque lorsque les *quæstiones*, au lieu d'être nommées par accident ou périodiquement, deviennent des chambres permanentes, — lorsque la loi, au lieu de nommer les juges, décide qu'ils seront pris à l'avenir dans une classe déterminée et suivant des formes qu'elle prescrit, — et lorsque certains actes sont définis en termes généraux comme crimes qui, s'ils sont commis, doivent être punis de certaines peines applicables à chaque espèce.

Si les *quæstiones perpetuæ* avaient eu une plus longue histoire, elles auraient fini sans doute par être considé-

rées comme une institution distincte, et leurs rapports avec les comices n'auraient pas été plus étroits que ceux de nos cours de justice avec le souverain, qui, théoriquement, est la source de toute justice. Mais le despotisme impérial détruisit les *quæstiones* avant que leur origine eût été complétement oubliée, et tant qu'elles durèrent, ces commissions permanentes furent considérées par les Romains comme dépositaires d'un pouvoir délégué. On regardait la connaissance des crimes comme un attribut naturel de la législature, et l'esprit du citoyen ne cessa jamais de voir derrière les *quæstiones* les comices qui les avaient déléguées pour exercer quelques-unes des fonctions législatives. Cette manière de considérer les *quæstiones*, même lorsqu'elles devinrent permanentes, comme de simples commissions d'une assemblée populaire, comme des corps subalternes agissant sous une autorité supérieure, eut quelques conséquences juridiques importantes dont l'empreinte se trouve dans le droit criminel, même dans sa dernière période. Il en résulta d'abord que les comices continuèrent à exercer la juridiction criminelle par des décrets pénaux et en infligeant des peines longtemps après que les *quæstiones* eurent été établies. Quoique la législature eût trouvé commode de déléguer ses pouvoirs à des corps qui lui étaient étrangers, elle ne les abandonna pas. Les comices et les *quæstiones* jugeaient et condamnaient côte à côte, et, jusqu'à la fin de la république, chaque fois que l'indignation populaire fut surexcitée, on appela constamment ce-

lui qui en était l'objet devant l'assemblée des tribus.

On peut faire remonter aussi à cette dépendance des *quæstiones* une des particularités les plus remarquables des institutions de la république. La disparition de la peine de mort du système pénal de la république romaine a été souvent citée par les écrivains du dernier siècle, soit comme signe du caractère romain, soit à l'appui de réformes proposées dans la société moderne. Le motif véritable de cette disparition nous montre qu'elle fut fortuite. Des trois formes que la législature romaine prenait successivement, l'une, les *comitia centuriata*, représentait, on le sait, la Cité comme corps militaire. L'assemblée des centuries, par conséquent, avait tous les pouvoirs que l'on peut supposer convenable d'accorder à un général commandant l'armée, et entre ses pouvoirs, elle avait celui de soumettre tous ceux qui commettraient une offense quelconque à la même juridiction qu'un soldat pour infraction à la discipline. Les *comitia centuriata* pouvaient, par conséquent, infliger la peine capitale. Les *comitia curiata* et les *comitia tributa* ne le pouvaient pas. Ils étaient enchaînés à cet égard par le caractère sacré que la religion et le droit attribuaient au citoyen romain dans les murs de la Cité ; et quant aux *comitia tributa*, nous savons d'une manière certaine qu'ils ne pouvaient au plus qu'infliger une amende. Tant que la juridiction criminelle appartint à la législature, tant que les assemblées des centuries et des tribus continuèrent à exercer des pouvoirs coordonnés, il fut facile

de porter les accusations pour les crimes les plus graves devant le corps législatif qui prononçait les peines les plus sévères ; mais il arriva que l'assemblée des tribus, la plus démocratique, remplaça presque entièrement les autres, et devint à la fin de la république la législature ordinaire. Or, ce fut justement au déclin de la république que les *quæstiones perpetuæ* furent établies, de telle sorte que les décrets qui les instituèrent furent rendus par une assemblée législative qui ne pouvait en session ordinaire punir de mort un criminel. Il en résulta que les commissions judiciaires permanentes, investies d'une autorité déléguée, furent limitées dans leurs attributions et dans leurs pouvoirs comme le corps qui les déléguait. Elles ne pouvaient faire rien de ce que ne pouvait faire l'assemblée des tribus ; et comme cette assemblée ne pouvait condamner à mort, les *quæstiones* furent également incompétentes pour infliger la peine capitale. Cette anomalie n'était pas considérée par l'antiquité avec la sympathie que les modernes ont manifestée pour elle : en réalité, il est douteux qu'elle fût favorable à l'amélioration du caractère romain, et il est certain qu'elle fut fâcheuse pour la constitution romaine. Comme toutes les institutions qui ont accompagné le genre humain dans le cours de son histoire, la peine de mort est une nécessité sociale dans un certain état de civilisation. Il y a une époque où les tentatives pour la supprimer contrarient les deux grands instincts qui sont le fondement de tout droit pénal. Sans cette peine, la communauté ne

se sent pas suffisamment vengée du criminel, et ne pense pas que l'exemple du châtiment soit suffisant pour détourner ceux qui voudraient l'imiter. L'incapacité des tribunaux romains pour prononcer la peine de mort fut la cause évidente et directe de ces affreux expédients révolutionnaires connus sous le nom de *proscriptions*, pendant lesquels toute loi était suspendue, simplement parce que la violence des partis ne trouvait pas d'autre moyen de satisfaire sa soif de vengeance. Aucune cause n'a contribué aussi puissamment à la décadence de la capacité politique du peuple romain que cette absence périodique des lois ; et lorsqu'on y eut eu recours une fois, nous affirmons sans hésitation que la ruine de la liberté romaine ne fut plus qu'une question de temps. Si la pratique des tribunaux avait pu satisfaire la passion populaire, les formes de la procédure auraient sans doute été perverties, comme elles le furent en Angleterre pendant le règne des derniers Stuarts, mais le caractère de la nation n'en aurait pas été aussi profondément affecté, et la stabilité des institutions romaines n'aurait pas été aussi sérieusement affaiblie.

Je mentionnerai encore deux autres singularités du système criminel des Romains provenant de la même théorie sur l'autorité judiciaire. Ce sont : l'extrême multiplicité des tribunaux criminels à Rome et la classification capricieuse, irrégulière, qui caractérisa le droit pénal de Rome pendant toute son histoire. Nous avons dit que toute *quæstio*, perpétuelle ou non, était nommée

par une loi spéciale. Elle tirait son autorité de la loi qui la nommait, observait rigoureusement les limites que cette loi lui posait, et ne s'occupait pas des crimes qui n'y étaient pas désignés en termes exprès. Comme chacune des lois qui établirent les diverses *quæstiones* fut provoquée par des circonstances particulières, chacune d'elles étant destinée à punir la classe d'actes qui étaient pour le moment plus odieux ou plus dangereux, ces lois ne se coordonnaient pas du tout et n'étaient rattachées à aucun principe commun. Il y avait à la fois vingt ou trente droits criminels avec autant de *quæstiones* pour les appliquer; et on n'essaya pas pendant la république de fondre ces corps judiciaires en un seul ou de mettre de l'ordre dans les dispositions des lois qui les nommaient et définissaient leurs attributions. L'état des juridictions criminelles à Rome ressemblait assez à celui de la justice civile en Angleterre, lorsque nos Cours de droit coutumier n'avaient pas encore introduit dans les assignations (*their writs*) les fictions qui leur permirent d'empiéter les unes sur les autres. Comme les *quæstiones*, les Cours du banc de la reine, des plaids communs et de l'échiquier, émanaient théoriquement d'une autorité supérieure, et chacune d'elles connaissait d'une classe d'affaires qui lui avait été commise, supposait-on, par le pouvoir qui lui avait donné juridiction; mais il y avait bien plus de trois *quæstiones* à Rome, et il était infiniment plus difficile de distinguer les actes dont la connaissance appartenait à chaque *quæstio* que de distinguer

la juridiction propre de chacune des trois Cours de Westminster Hall. La difficulté de déterminer exactement la compétence des différentes *quæstiones* faisait de la multiplicité des tribunaux romains quelque chose de plus qu'un inconvénient ; car nous lisons avec étonnement que, lorsqu'on ne voyait pas d'une façon claire à quelle classe appartenait l'offense dont on accusait quelqu'un, on pouvait le citer à la fois ou successivement devant différentes commissions, pour avoir la chance que l'une d'elles se déclarât compétente pour le juger; et quoique la condamnation par une *quæstio* mît le coupable hors de la juridiction des autres, on ne pouvait pas invoquer en sa faveur un acquittement prononcé par l'une d'elles. Ceci était directement contraire à la règle du droit civil romain ; et nous pouvons être certains qu'un peuple aussi sensible que les Romains aux anomalies (ou, selon leur expression significative, aux *inélégances*) n'aurait pas longtemps supporté celle-ci, si la triste histoire des *quæstiones* ne les avait pas fait considérer comme une arme d'occasion entre les mains des factions plutôt que comme des institutions permanentes pour la répression des crimes. Les empereurs s'empressèrent d'abolir ces tribunaux multiples et toujours en conflit ; mais il est remarquable qu'ils ne supprimèrent pas une autre singularité du droit criminel qui tient de près au nombre des tribunaux. Les classifications de crimes qui se trouvent même dans le *Corpus juris* de Justinien sont remarquablement capricieuses.

En réalité, chaque *quæstio* avait limité sa juridiction aux crimes dont la loi qui la constituait lui attribuait la connaissance. Mais ces crimes n'étaient classés ensemble dans cette loi que parce qu'ils appelaient en même temps une répression au moment où la loi avait été faite. Ils n'avaient donc rien de commun nécessairement ; mais le fait qu'ils étaient soumis à une même *quæstio* fit naturellement empreinte dans l'attention publique, et les offenses mentionnées dans la même loi se trouvèrent associées dans l'opinion d'une façon si invétérée que, lorsque Sylla et Auguste essayèrent positivement de consolider le droit criminel romain, le législateur conserva les anciens groupes d'offenses. Les lois de Sylla et d'Auguste furent le fondement du droit pénal de l'empire, et il n'y a rien de plus extraordinaire que quelques-unes des classifications qu'elles ont laissées. Il me suffira de citer comme exemple que le parjure était classé avec les blessures par armes tranchantes et avec l'empoisonnement, sans doute parce qu'une loi de Sylla, la *lex Cornelia de sicariis et veneficis,* avait attribué juridiction sur ces trois sortes de crimes à la même commission permanente. Il semble aussi que cette façon capricieuse de grouper les crimes influa sur le langage vulgaire des Romains. Les gens prirent naturellement l'habitude de désigner toutes les offenses énumérées dans une même loi par le nom de la première de la liste, qui servait sans doute à désigner le tribunal chargé de les juger. Toutes les offenses jugées par

la *quæstio de adulteriis* s'appelaient ainsi *adultères*.

J'ai insisté sur l'histoire et le caractère des *quæstiones* romaines, parce que nulle part on ne trouve un exemple aussi instructif de la formation du droit criminel. Les dernières *quæstiones* furent ajoutées par Auguste ; et à dater de cette époque, on peut dire que les Romains eurent un droit criminel passablement complet. En même temps que ce droit grandissait, on vit se faire ce que j'ai appelé la conversion des torts en crimes ; car, quoique la législature romaine n'abolît pas l'action civile pour les offenses les plus atroces, elle présenta à l'offensé un recours qu'il devait préférer. Cependant, même après qu'Auguste eut complété ses lois, on continua de considérer comme torts plusieurs offenses que les sociétés modernes considèrent comme des crimes ; et ces offenses n'ont été punies comme crimes qu'à une date postérieure, mais incertaine, où les lois commencèrent à mentionner de nouvelles catégories d'offenses que le Digeste appelle *crimina extraordinaria*. C'était sans doute une classe d'actes que la théorie romaine considérait comme torts ; mais un sentiment croissant de la majesté de la société répugna de voir ces actes n'entraîner pour leur auteur que le payement de dommages-intérêts. Aussi les personnes offensées semblent avoir eu la faculté de les poursuivre comme crimes *extrà ordinem*, c'est-à-dire par une forme de procédure qui s'écartait à quelques égards de la procédure ordinaire. A dater de l'époque où ces *crimina extraordinaria* furent reconnus pour la

première fois, la liste des crimes dans l'empire romain doit avoir été aussi longue que dans n'importe quel État du monde moderne.

Il est inutile de décrire avec détail la manière d'administrer la justice criminelle dans l'empire romain ; mais il faut remarquer que sa théorie et sa pratique ont exercé sur la société moderne une influence puissante. Les empereurs n'abolirent pas immédiatement les *quæstiones,* et commencèrent par donner une juridiction criminelle très-étendue au sénat, dans lequel, quelque servile qu'il pût se montrer, l'empereur ne figurait qu'à titre de sénateur ordinaire. Mais, dès l'origine, le prince avait réclamé une espèce de juridiction criminelle ; et à mesure que le souvenir des libertés républicaines s'effaçait, cette juridiction tendit constamment à s'agrandir aux dépens des anciens tribunaux. Peu à peu la fonction de punir les crimes fut attribuée à des magistrats nommés directement par l'empereur, et les attributions du sénat passèrent au conseil privé impérial, qui devint aussi la cour d'appel suprême en matière criminelle. Sous ces influences, se forma insensiblement la doctrine familière aux modernes, que le souverain est la source de toute justice et le dépositaire de toute grâce. Ce ne fut pas tant le résultat des progrès de l'adulation et de la servilité que celui de la centralisation qui se compléta vers cette époque. La théorie de la justice criminelle était revenue par une ligne circulaire à peu près à son point de départ. Elle avait commencé dans la

croyance que la société devait se venger par ses propres mains des torts qui lui étaient faits ; et elle finit par la doctrine que la punition des crimes appartient d'une manière spéciale au souverain, comme représentant et mandataire du peuple. Le nouveau point de vue différait de l'ancien par l'air de terreur et de majesté dont cette haute surveillance de la justice semblait entourer la personne du souverain.

Ce dernier point de vue des Romains sur les rapports du souverain avec la justice, a épargné aux sociétés modernes la nécessité de passer par les changements dont l'histoire des *quæstiones* nous a fourni un exemple. Dans le droit primitif de presque toutes les races qui ont peuplé l'Europe occidentale, on trouve des vestiges de l'idée antique : que la punition des crimes appartient à l'assemblée générale des hommes libres ; et il y a quelques États, — on dit que l'Écosse en est un, — dans lesquels on peut faire remonter l'origine des tribunaux existants à une commission du corps législatif. Mais le développement du droit criminel fut partout avancé par deux causes, le souvenir de l'empire romain et l'influence de l'Église. D'un côté, les traditions de la majesté des Césars, continuée par l'ascendant temporaire de la maison de Charlemagne, entouraient les souverains d'un prestige qu'un simple chef barbare n'aurait jamais eu autrement, et communiquèrent au plus petit potentat féodal le caractère de tuteur de la société et de représentant de l'État. D'un autre côté, l'Église, dans son désir de mettre

un frein à une férocité sanguinaire, chercha une autorité pour punir les crimes les plus graves, et la trouva dans les passages de l'Écriture qui parlent avec approbation du pouvoir de punir confié aux magistrats civils. On invoqua le Nouveau Testament pour prouver que le pouvoir séculier existe pour la terreur des méchants, et l'Ancien Testament qui dit : « Celui qui verse le sang de l'homme aura son sang versé par l'homme. » Il n'est pas douteux, ce me semble, que les idées modernes relatives aux crimes sont fondées sur deux propositions soutenues par l'Église dans le moyen âge : 1° Que tout chef féodal, dans la mesure de sa puissance, pouvait être assimilé aux magistrats romains dont parle saint Paul; 2° Que les offenses qu'il devait châtier étaient celles que condamnent les commandements de la loi de Moïse, ou plutôt celles de ces offenses dont l'Église ne se réservait pas de connaître elle-même. L'hérésie, que l'on supposait condamnée par le premier et le second commandement, l'adultère et le parjure, étaient réservés aux tribunaux ecclésiastiques, et quant à ces offenses, l'Église n'admettait la coopération du bras séculier que pour infliger les peines les plus sévères dans les cas d'une grièveté extraordinaire. En même temps, elle enseignait que le meurtre et le vol, sous leurs diverses formes, appartenaient à la juridiction du pouvoir civil, non par accident de position, mais par l'exprès commandement de Dieu.

Il y a un passage dans les écrits du roi Alfred qui

met en lumière d'une façon remarquable la lutte des idées diverses qui dominaient de son temps sur l'origine de la juridiction criminelle. On verra qu'Alfred l'attribue en partie à l'autorité de l'Église, et en partie à celle du Witan, tandis qu'il réclame expressément pour la trahison contre le seigneur la même exception aux règles ordinaires que la loi romaine de lèse-majesté avait établie pour les cas de trahison contre le César. « Après cela, écrit-il, il arriva que plusieurs reçurent la foi du Christ, et plusieurs synodes se réunirent sur la terre, et entre les Anglais aussi, après qu'ils eurent reçu la foi du Christ, synodes des saints évêques et de l'éminent Witan. Ils ordonnèrent alors qu'en dehors de cette miséricorde que le Christ avait enseignée, les seigneurs séculiers, avec l'autorisation des synodes, pourraient sans péché prendre pour chaque offense le *bot* en argent qu'ils avaient déterminé, excepté dans les cas de trahison contre un seigneur auquel ils n'osaient pas accorder merci, parce que le Dieu tout-puissant n'en accorde pas à ceux qui le méprisent, ni le Christ à ceux qui l'ont vendu pour être mis à mort; et il commande qu'un seigneur soit aimé comme lui-même. »

TABLE DES MATIÈRES.

			Pages.
Préface du traducteur			v
Introduction			vii
Préface de l'auteur			xxiii
Chapitre Ier		Les anciens codes	1
—	II.	Les fictions légales	21
—	III.	Droit de la nature et équité	43
—	IV.	Histoire du droit naturel moderne	70
—	V.	La société primitive et l'ancien droit	107
—	VI.	Histoire ancienne de la succession testamentaire	163
—	VII.	Idées anciennes et idées modernes sur les testaments et successions	204
—	VIII.	Histoire de la propriété primitive	230
—	IX.	Histoire primitive du contrat	288
—	X.	Histoire primitive des délits et des crimes	347

Saint-Denis. — Imp. Ch. Lambert, 17, rue de Paris.